32 April 1919



LAS OBLIGACIONES

EN DERECHO ROMANO

POR

P. VAN WETTER,

Profesor ordinario en la Universidad de Gante.

Primera traducción española, con notas por el Señor Licenciado

AGUSTIN VERDUGO.

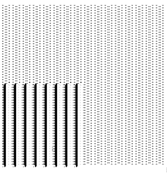
TOMO II.

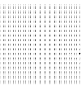
MEXICO

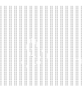
IMPRENTA "EL SIGLO DIEZ Y NUEVE"

Calle de Victoria núm. 15.

1904.







TITULO II.

De las fuentes de las obligaciones.

§ 74.—*Enumeración.*

Las fuentes de las obligaciones son cinco, á saber, las convenciones (1), los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y la ley (2). Las convenciones y los delitos tienen un carácter claramente determinado; consisten respectivamente en el consentimiento de las partes y en la violación de una ley penal. No sucede lo mismo con las otras tres fuentes en las cuales los hechos más heterogéneos producen la obligación. La mayor parte de ellas ofrecen analogía con la convención ó el delito. Pero para algunas esta analogía falta igualmente y no podría comprendérselas bajo un principio general; es la ley la que les atribuye una obligación; tales son los numerosos casos en que los intereses se deben de pleno derecho (3). En razón de su indeterminación, los cuasi contratos, los cuasi delitos y la ley, se designan en un texto por el nombre de *variae causarum figurae* (4).

(1) Este término comprende los contratos y los pactos.—V. § 83, I.

(2) *Inst.* 3, 13, § 2; D. 44, 7, l. 52, § 5.

(3) V. *infra*, § 218 y 224.

(4) D. 44, 7, l. 1, Gayo, lib. II aureorum.—D. 44, 7, l. 52.

CAPITULO I.

De las convenciones.

SECCION I.—De las convenciones en general.

§ 75. I.—*Noción de la convención.*

1.—En un sentido amplio, la convención (*conventio, contractus, pactum, pactio*) es el concurso de las voluntades de varias personas sobre un punto cualquiera, con el objeto de crear, modificar ó extinguir derechos: *pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus* (1). Estos mismos derechos pueden ser de la más diversa naturaleza: derechos personales: *(iura personarum)* ó derechos patrimoniales, derechos reales, ú obligaciones. El matrimonio y la adopción son convenciones que tienden á crear derechos personales. La convención de hipoteca tiene por objeto directo establecer un derecho real. La venta, la sociedad y la permuta tienen por objeto crear relaciones obligatorias. La convención por la cual las partes rescinden ó modifican un contrato de venta, tiene por objeto extinguir ó modificar obligaciones preexistentes; el pacto liberatorio extingue una obligación; la novación, en fin, es una convención cuyo efecto es á la vez extinguir una obligación y establecer otra. Un carácter común á todas las convenciones es tener por objeto una relación jurídica; sólo bajo esta condición constituyen actos jurídicos; las convenciones desprovistas de este carácter son extrañas al derecho, por ejemplo, la convención de pasearse, la comunidad de opinión sobre un punto cientí-

---

(1) D. 2, 14, l. 1, § 2; *Id.* 50, 12, l. 3.—Art. 1272 del Cód. Civ. del D. F. de México.

fico (1). Pero de todas estas variedades de convenciones, una sola debe ocuparnos al presente: es la convención que crea obligaciones.

2. — La palabra *contractus* se aplica á veces á una causa cualquiera de obligación (2) y también á la obligación misma (3), lo que se explica por la importancia preponderante de esta fuente de obligaciones.

II. — HISTORIA DE LAS CONVENCIONES.

§ 76. — *De los antiguos contratos reales.*

1. En los primeros siglos de Roma, se contrataba en la forma de la mancipación. Se enajenaba por la vía de la mancipación la cosa que era objeto del contrato; un *libripens* pesaba, delante de cinco testigos, el trozo de metal que constituía el precio de la cosa, y más tarde, después de la aparición de la moneda, el adquirente golpeaba la balanza con una pieza de cualquier moneda, la cual entregaba á su cocontratante á manera de precio (4). Se contrataba después al abrigo de esta solemnidad; protegido por ella se tomaban los arreglos que se juzgaban convenientes. En efecto, la ley de las DOCE TABLAS había reconocido plena fuerza obligatoria á las convenciones concluidas, colocación de la mancipación; *cum nexum faciet mancipiunte*, decía ella, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (5). La ejecución de estos arreglos se demandaba por la acción de fiducia (*actio fiduciæ*) (6). De aquí los contratos reales *per aes*

---

(1) Desde este punto de vista la definición romana reproducida antes, carece de precisión. Pero véase D. 2, 14, l. 1, § 3 — Arts. 1279, fr. III y 1306, fr. II del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) D. 13, 5, l. 1. § 6.

(3) D. 5, 1, l. 20.

(4) Gayo, I, 119.

(5) Tabla 6ª, núm. 1. — Festus, *de verb. signific.*, v. nuncupata.

(6) Paulo, II, 13, § 6.

et libram. Esta forma de contratar no era empleada solamente cuando se trataba de transferir la propiedad de una cosa, como la permuta; se recurría á ella también cuando el contrato no tenía en definitiva otro objeto que procurar el uso ó la guarda de la cosa. Tenemos una indicación formal á este respecto, por lo que hace al depósito; todavía en la época de Gayo, sucedía que el deponente mancipaba al depositario la cosa que quería depositar, estipulando que ella sería remancipada á la primera exigencia (1). Del mismo modo, antes de la introducción de la hipoteca, el deudor que debía dar á su acreedor una garantía real diversa de la simple prenda, le emancipaba una cosa, mediante la promesa del acreedor de restituirla después de haber sido satisfecho. Y estas aplicaciones no podrían ser consideradas como casos aislados; particularmente no parece dudoso que la mancipación fuese también empleada con ocasión del comodato ó del contrato de prenda (2).

2. Antes de la aparición de la moneda y aún más tarde, por todo el tiempo en que se acuñaron en Roma piezas de moneda cuyo peso se comprobaba por la balanza (3), el préstamo de dinero se hacía naturalmente de un modo análogo á la mancipación, *per aes et libram:* un *libripens* pesaba delante de cinco testigos el metal que se trataba de prestar (4). Gracias á esta solemnidad, las partes se creaban el medio de hacer convenciones, conforme á la disposición de la ley de las DOCE TABLAS. Podían entonces fácilmente convenir en el pago de intereses. Pero, sobre todo, el mutuatario obligaba frecuentemente su persona en ga-

(1) Gayo, II, 60.

(2) Boethius *in Ciceronis Topicâ* 4, 10, 41, Ortolan, III, núm. 1207 y pág. 395 y Maynz, II, § 232.—*Contra* Accarias, II, núm. 494, nota 1.

(3) Gayo, I, 122.

(4) Gayo, III, 174.

rantía de la restitución del préstamo, mediante la promesa del mutuante de librarlo después de haber sido satisfecho (1). Esta obligación personal se llamaba *nexun* (2) ó *nexus* (3) y el deudor mismo era nombrado *nexus* ó *nexú vinctus* (4). De allí también el nombre de *nexum* ó de *nexus* aplicado á una obligación cualquiera (5). El efecto del *nexum* era someter al deudor á una servidumbre de hecho (6). Debía prestar sus servicios á su acreedor, hasta que quedase libre de su deuda, ya por el pago, ya por su trabajo (7). Pero el *nexus* conservaba provisionalmente todos sus derechos civiles; no sufría ni aun una pequeña diminución de cabeza; permanecía libre, ciudadano romano, *sui juris*, quedando propietario de sus bienes y continuaba adquiriendo para sí mismo. Bajo la última relación, se separaba del individuo *in mancipio*, que sufría una pequeña diminución de cabeza (8). Si satisfacía á su acreedor, podía reclamar su liberación por la acción de fiducia (*nexu solvere*) (9). A falta de pago, el acreedor estaba autorizado, un mes después del vencimiento de la deuda, para practicar la *manus injectio*, como en el caso de condenación judicial (10). El *nexus* así aprendido no podía defenderse sino por un *vindex* (11); de lo contrario, era adjudicado [*addictus*] á su acreedor

(1) Varron, *de lingua latina* VII, 105.
(2) *Ley de las XII Tablas*, 6ª, núm. 1.
(3) Tito-Livio, II, 23.
(4) Varron, *de lingua latina* VII, 105.
(5) D. 12, 6, l. 26, § 7; *Id.* 46, 4, l. 1.
(6) Tito-Livio, II, 23.
(7) Varron, *de lingua latina*, VII, 105, Tito Livio, II, 24.—Doniosio de Halicarnaso, VI, 29 y 37.
(8) Gayo. I, 162.
(9) Tito-Livio, II, 23, Arg. Paulo, II, 13, § 6.
(10) Dionisio de Halicarnaso, VI, 83.
(11) Gayo, IV, 21.

(1), y dos meses más tarde se hacía definitivamente su esclavo (2). Este derecho de tratar al nexus como un condenado constituía la principal ventaja del *nexum;* el acreedor estaba dispensado de recurrir á una demanda judicial propiamente dicha. Además, exigiendo el *nexum* la presencia de cinco testigos y de un *libripens* proporcionaba un medio cómodo de probar el préstamo. Así, este modo de contratar no quedó limitado á los préstamos de dinero; se le hizo extensivo á cualesquiera deudas; el peso simbólico de una pieza de metal ante cinco testigos y un *libripens*, era en efecto susceptible de ser adaptado á toda especie de convenciones (3).

Acabamos de presentar el *nexum* como una obligación de la persona del deudor, accesoriamente á un préstamo simbólico *per aes et libram*, y produciendo una esclavitud de hecho (4). Numerosos autores ven pura y simplemente en el nexum una mancipación de la persona del deudor que tiene por consecuencia hacer de él esclavo del acreedor ó al menos colocarlo bajo su *mancipium* (5). Para otros, el *nexum* sería una simple mancipación de los servicios del deudor, de donde resulltaría una servidumbre de hecho (6).

§ 77. *De los antiguos contratos verbales.*

La forma del contrato real *per aes et libram*, convenía en todos los casos en que las partes querían hacer

---

(1) Id. Id.

(2) Ley de las XII Tablas, 3ª, núm. 5; Aulo Gelio, *Noches at.* XX, 1, 46 y 47.

(3) Schilling, III, § 267.

(4) Savigny, p. 396 y 417.—Puchta, *Institut.* I, § 44.

(5) Ortolan, I, *Generaliz.* núm. 55 y III, p. 501, nota 3; Maynz, III, § 299.

(6) Giraud, p. 61 y 65.

nacer una obligación de la entrega de una cosa. Ella no era de ninguna utilidad cuando se trataba de crear una obligación fuera de tal entrega, por ejemplo, de la conclusión de una venta, de un arrendamiento, de una sociedad, de un mandato, etc. Para estas especies se necesitaba un contrato verbal, es decir, un contrato perfecto por el simple empleo de las palabras, *verbis*. Este contrato verbal fué la estipulación que se hizo bien pronto la forma más usual de contratar, el contrato por excelencia de los Romanos. Al lado de él, vinieron á colocarse por casos particulares, el contrato verbal de dote y el *receptum* de los banqueros de que se trató antes (1).

1. La estipulación (2) desciende del contrato real *per aes et libram;* forma una emanación suya enteramente natural. En realidad, el contrato real *per aes et libram* contenía un contrato verbal; las palabras cambiadas entre las partes, con ocasión de la mancipación, tenían este carácter. Solamente que el contrato verbal no era válido sino gracias á la mancipación. Se le hizo obligatorio por sí mismo. Este origen de la estipulación parece confirmado por su nombre; la palabra *stipulatio*, según la más verosímil conjetura, proviene de *stips*, pieza de moneda, en reminiscencia de la que se empleaba en el antiguo contrato real *per aes et libram* (3). La estipulación en su forma primitiva presentaba tres caracteres distintos.

Exigía desde luego palabras, es decir, un consentimiento manifestado de viva voz; las partes debían hablar en él contrato, éste era de la esencia de un contrato verbal (4). Luego la estipulación no admitía nin-

(1) Véase *supra*, § 71 é *infra*, § 224, 4°.
(2) Muhlenbruch, *Coment*,
(3) Festus, *de verb. signific.*—Paulo, V, 7, § 1; *Inst.* 3, 15.
(4) Gayo, III, 136; Paulo V, 7, § 2.

gún intermediario, ni carta, ni mensajero (1), todavía menos un representante (2). En segundo lugar, se debían emplear términos solemnes consagrados para el uso (3). Tales eran las fórmulas: *Spondesne? spondeo promittis? promitto.—Dabis? dabo.—Facies? facio, etc.* (4). Ellas eran generalmente del derecho de gentes y por tanto accesibles á los peregrinos (5). Sólo la fórmula *Spondesne? spondeo*, sin duda la más antigua, era de derecho civil y limitada á los ciudadanos Romanos (6). En tercer lugar, se necesitaba una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (7).

2. El contrato verbal de dote, conocido con el nombre de *dotis dictio*, era una promesa de dote que no podía ser hecha válidamente sino por la mujer misma (8), ó por su deudor delegado (9), ó bien por uno de sus ascendientes agnados (10). Como la estipulación, ella exijía un consentimiento de viva voz (11) y términos solemnes (12); pero el consentimiento se manifestaba en ella por una promesa y una aceptación y no por una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (13). Había sin duda parecido poco conveniente forzar al marido á demandar una dote á las personas mencionadas (14). La *dotis dictio* daba lugar á una *condictio* (15).

(1) Gayo, III, 136.
(2) Veáse *infra*, § 112, 1°.
(3) *Inst.* 3, 15, § 1.
(4) Gayo, III, 92.
[5] Gayo, III, 93.
[6] Gayo, III, 93.
[7] Gayo, III, 92, Paulo, II, 3, § 1.
[8] *Ley romana de los visigodos.*—Gayo, II, 9, § 3; Ulpiano, VI, 2.
[9] Id. Id.
[10] Ulpiano, VI, 2; Gayo, II, 9, § 3.
[11] Id. Id.
[12] *C. Theod.* 3, 12, l. 3.
[13] Terencio, *Andria*, V, 4.
[14] Schilling, III, § 281.
[15] Maynz, III, § 310, p. 25.

§ 78. *De los antiguos contratos literales.*

Al lado de los contratos verbales vinieron á colocarse los contratos literales, es decir, los contratos perfectos por la redacción de un escrito, *litteris*. En el caso, el escrito no sirve solamente para la prueba del contrato (1), lo crea, le da existencia (2). Dos contratos literales se formaron así, uno por los nomina transcripticia (3), el otro por los chirographa et syngraphae (4).

1º De *los nomina transcripticia.* A) En la antigua Roma todo padre de familias cuidadoso y en particular los banqueros llevaban dos libros para las operaciones de dinero (5). Uno era un libro Diario ó más bien un Borrador, llamado *liber adversariorum*, en el cual se anotaban dia por dia; pero de una manera sumaria y en un orden indeterminado, las diferentes operaciones pecuniarias, las entradas y los gastos (6). El segundo era un libro de Caja, es decir, un libro regular de entradas y de gastos, *codex vel tabulae accepti et expensi.* Se inscribían en él, habitualmente cada mes (7), los negocios mencionados en el Borrador, colocando cada asiento con el nombre de la parte adversa, razón por la cual los créditos se llamaban *nomina* (8). De aquí también la expresión de *nomina fácere* para designar el contrato literal (9). De un lado se ponían las sumas percibidas *(acceptum referre)* (10), del otro las sumas pagadas

[1] Véase *infra*, § 92, II, 2°.
[2] Gayo, III, 89 y 128.
[3] Gayo, III, 128, 130 y 133.
[4] Gayo, III, 134.
[5] Ciceron, *in Verrem*, actio II, lib. 1, c. 23, D. 2, 13, l. 4, § 1; l. 9, § 2; l. 10 § 1; D. 2, 14. l. 47, § 1.
[6] Ciceron, *pro Roscio com.* 2, 3.
[7] Id Id.
[8] Dirksen, *Manuale latinitatis* § 3.
[9] *Inst.* 3, 21, Ciceron, *de offic.* III, 14.
[10] Ciceron, *pro Cæcina*, 6.

(expensum ferre, expensilatio) (1), sin duda sobre dos páginas diferentes (2). Por el segundo registro se formaba el contrato literal, basado en la idea de un pago, de una *expensilatio*; el primero era desprovisto de valor jurídico y no se presentaba ante los Tribunales (3). Según toda verosimilitud, cada contrato literal implicaba una doble mención: el acreedor inscribía bajo la rúbrica de los *accepta* la deuda que debía ser extinguida, y entre los *expensa* la nueva deuda literal que se trataba de formar. En cuanto al deudor, si quería ser exacto, hacía anotaciones inversas en su registro; inscribía la antigua deuda bajo los *expensa* y la nueva entre los *accepta*. Cada *nomen* se encontraba así transcrito de una á otra página, en el libro del acreedor como en el del deudor, lo que da cuenta de la expresión *nomen transcripticium* (4). El contrato literal podía, por lo demás, verificarse de dos maneras diferentes: desde luego entre las mismas partes, cuando una deuda de dinero resultante de una causa cualquiera tal como una venta, un arrendamiento, una sociedad, un préstamo de dinero, era transcrita en el libro de caja á cargo del antiguo deudor (5); después entre el acreedor y un nuevo deudor, cuando una suma debida por alguno era transcrita en el libro de caja á cargo de otra persona, que quedaba obligada en lugar del antiguo deudor (6). En el primer caso, se hablaba de una *transcriptio a re in personam:* y en el segundo, de una *transcriptio a persona in personam* (7). Pero no había contrato literal cuando el

[1] Ciceron, I, c; Aulo-Gelio, *Noches*, XIV, 2, § 7.
[2] Plinio, *Hist. Natur.* II, 7.
[3] Ciceron, *pro Roscio com.* 2.
[4] Ortolan, III, núm. 1427.—Maynz, II, § 247 y nota 24.
[5] Gayo, III, 129.
[6] Gayo, III, 130.
[7] Gayo, III, 128.

mutuante de una suma de dinero, en vez de inscribir esta suma á la vez como *acepta* y como *expensa*, como acaba de decirse, se limitaba á mencionar su crédito bajo la rúbrica de los *expensa*. Evidentemente esta anotación no podía importar la novación de la deuda primitiva; servía solamente para la prueba de la deuda según el derecho común de la prueba (1). Llamar un semejante *nomen transcripticium*, era cosa imposible, puesto que no había entonces transcripción de una á otra página (2); se le calificó de *nomen arcarium* de (*arca*, caja (3). En este sentido, dijo Gayo que los *nomina arcaria* se formaban *re* y no *literis;* el registro no valía sino como prueba (4). El no quiere en manera alguna eliminar la aplicación de los *nomina transcripticia* á los préstamos de dinero; no se ve por qué el mutuante y el mutuario obrando de común acuerdo habrían sido impotentes para convertir la obligación *ex mutuo* en una obligación literal por medio de la transcripción (5). Nada impedía tampoco crear un *nomen transcripticium* independientemente de una novación (6), aunque ésta acompañase casi siempre la transcripción. Pero el contrato literal no existía por sólo que el acreedor hubiera hecho en su registro las anotaciones mencionadas; era preciso, además, que el deudor hubiera consentido en estas anotaciones; tal consentimiento era de la esencia del contrato literal como de cualquiera otra convención (7). La presencia del deudor era inútil (8). Su consentimiento resultaba de que él mismo había asentado la deuda en

---

[1] Ciceron, *in Verrem*, actio II, lib. 1.
[2] Ni una novación.
[3] Gayo, III, 131.
[4] Gayo, III, 131.
[5] Ortolan, III, núm. 1417.—Maynz, II, § 247, p. 364.
[6] Savigny, p. 224 y 225.—Ortolan, III, núm. 1423.
[7] Ciceron, *pro Roscio com.* 1.
[8] Gayo, III, 128.

su registro bajo la rúbrica de los *acepta;* todo deudor honrado y cuidadoso inscribía la suma de dinero en su propio registro desde luego como *expensa*, después como *acepta* (1). El consentimiento del deudor podía tambien manifestarse por otro escrito, tal como una carta dirigida al acreedor (2), ó bien de viva voz. Así es cómo, según las circunstancias, el consentimiento del deudor en el *nomen transcripticium* se probaba, ya por la verificación de su registro (3), ya por un escrito emanado de él, ora por testigos (4). En el caso en que por el *nomen tranccripticium* se quería substituir un nuevo deudor al antiguo, este último no tenía necesidad de consentir; el consentimiento del nuevo deudor era sólo necesario, conforme al derecho común de la novación (5).

B]. Los *nomina transcripticia* eran una institución civil propia del derecho romano y desconocida de los demás pueblos de la antigüedad (6). De aquí las siguientes consecuencias:

1. Los *nomina transcripticia* constituían obligaciones de derecho extricto (7); y como se basaban en la idea de un pago, en una *expensilatio*, no admitían ni condición (8), ni plazo (9). El acreedor disponía, pues, de un *condictio* y particularmente de una *condictio certi*, puesto que se trataba siempre de una suma determinada de dinero (10).

2 Los *nomina transcripti ia* estaban reservados á los

---

[1] Ciceron, *pro Roscio com.* 1.
[2] Savigny, § 9, p. 256, 257 y nota 1.
[3] Ciceron, *in Verrem*, actio II, lib. 1, c. 36.
[4] Séneca, *de benefic.* III, 15.
(5) Gayo, III, 130.—Arts. 1609 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(6 Gayo, III, 133.
(7) Arg. Gayo, III, 137.
(8) Vatic *fragm.* 329.
(9) Arg. del mismo texto.
(10) Ciceron, *pro Roscio com.* 4 y 5.

ciudadanos romanos, los peregrinos no podían usar de ellos. Esta regla era recibida sin controversia para la *transcriptia a persona in personam*. Nerva enseñaba lo mismo en lo que concierne á la *transcriptio a de in personam*. Pero Sabino y Casio, menos severos, admitían aquí á los peregrinos, sin duda porque ya existía una obligación natural entre las partes (1).

II. De los *chirographa* y de los *singraphae* (2). 1. El quirógrafo (*chirographum* ó chirographus, palabras derivadas de dos griegas que significan *mano* y *escribir*) es la promesa escrita de pagar una deuda (3), cualquiera que sea su objeto ó causa; el quirógrafo *de mutuo* no constituye sino una especie particular. *Chirographum* y *cautio* son, pues, terminos sinónimos. Pero la palabra *chirographum* no comenzó á ser empleada en este sentido sino en los primeros tiempos del imperio (4).

2. *Singraphae* (ó syngraphus; el plural es solamente *syngraphae*) es un escrito firmado por diferentes partes y hecho en varios ejemplares de los cuales uno era entregado á cada parte. A menos tal es el sentido que parece tener esta palabra cuando se opone á quirógrafo y particularmente en el pasaje de Gayo (5) en que los *syngraphae* son mencionados como una causa distinta de la obligación literal al lado del quirógrafo (6). Los *syngraphae* son de origen griego (7).

3. Los *chirographae* y los *syngraphae* del antiguo derecho romano, formaban contratos literales, de la mis·

(1) Gayo, III, 133.
(2) Gueist, 321, 388, 413, 514.
(3) Gayo, III, 134.
(4) Juvenal, *Satyras*, XIII, 135.—Suctonio, *Cesar*, 17.
(5) Gayo, III, 134.
(6) Ortolan, III, núm. 1430.—Maynz, II, § 247.
(7) Gueist, p. p. 418, 482.

ma manera que los *nomina transcripticia*. Solamente que eran independientes de todo libro de negocios del acreedor; eran escritos propios emanados del deudor, obligaciones sobre una hoja volante, para emplear una expresión moderna (1). Al principio, eran empleados exclusivamente entre peregrinos ó entre peregrinos y ciudadanos romanos (2). Se comprende fácilmente para estas relaciones la formación de un contrato literal; los *nomina transcripticia* eran, según algunos jurisconsultos, completamente inaplicables á los extranjeros (3); la estipulación en la forma *Spondesne* ó *spondeo* les era también inaccesible (4) y no podían contratar *per aes et libram* (5): se les permitió contratar por los *chirographa* y los *syngraphae*. Bajo el Imperio, el contrato literal se extendió á las relaciones entre ciudadanos romanos; la constitución Antonina sobre la ciudad romana contribuyó naturalmente á este resultado (6). Los *chirographa* y los *syngraphae* no estaban sometidos á ninguna forma (7). Pero en las provincias del Estado romano, era usual sellarlos y depositarlos en poder de un tercero; frecuentemente también se hacían intervenir testigos en el otorgamiento y depósito del escrito (8). Los mismos romanos no recurrían mucho á estas formalidades (9).

§ 79.—*De los contratos consensuales y de los pactos confirmados.*

Los contratos verbales y los contratos literales eran

(1) Gayo, III, 134.—Ortolan, III, núm. 1431, Maynz, II, § 247.
(2) Gayo, III, 134.
(3) Gayo, III, 133.
(4) Gayo, III, 93.
(5) Cayo, II, 65.
(6) Seneca, *de benefic.* II, 13; III, 15; VII, 10.
(7) Gneist, p. 468, 469.
(8) Gneist, p. 440, 443 y 444.
(9) Seneca. *de benefic.* II, 13.

un progreso respecto de los contratos reales *per aes et libram;* hacían al menos resultar la obligación del empleo de palabras ó de la redacción de un escrito, mientras que los contratos reales *per aes et libram* exigían la forma severa de la mancipación. Para completar el desenvolvimiento de la teoría de las convenciones, quedaba por admitir los contratos consensuales, es decir, los contratos perfectos por el simple consentimiento de las partes, independientemente de cualquiera otra condición.

1. Desde una alta antigüedad, los romanos habían reconocido cuatro contratos consensuales de los más importantes: eran la venta, el arrendamiento, el mandato y la sociedad (1). El contrato enfitéutico no fué desde luego considerado como un contrato propio; los jurisconsultos romanos lo referían, unos á la venta, otros al arrendamiento (2); no fué sino en virtud de una constitución del Emperador Zenón como se hizo un quinto contrato consensual (3). En cuanto al contrato de superficie, no constituyó nunca un contrato independiente; es una venta, un arrendamiento ó una donación, según que la superficie es concedida por un precio en globo, por un precio periódico ó á título gratuito (4).

2. De otro lado, los jurisconsultos romanos hicieron admitir que las convenciones accesorias añadidas inmediatamente á un contrato de buena fe serían civilmente obligatorias por el sólo consentimiento de las partes (5). El pretor reconoció también la convención de hipoteca (6), el constituto (7), la convención relati-

(1) Gayo, III, 135, 136.

(2) Gayo III, 145.—Arts. 2811, 2936, 2342, 2219 y 3068 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Inst.* 3, 24, § 3; *C.* 4, 66, l. 1.

(4) Arg. D. 43, 18, l. 1, § 1 y 7.

(5) D. 2, 14, l. 7, § 5.— V. *infra*, § 185.

(6) *Inst.* 4, 6, § 7.—V. *infra*, § 83.

(7) *Inst. cód.*, § 9.—V. *supra.*, § 71, 2° y 3°

va á un juramento extrajudicial (1) y la aceptación de las funciones de árbitro (2). En fin, una Constitución de Teodosio II y de Valentiniano III hizo obligatoria como tal la constitución de dote (3) y Justiniano hizo lo mismo con la donación (4). Estas tres categorías de convenciones se llaman respectivamente pactos accesorios, pactos pretorianos y pactos legítimos (*pacta adiecta*) (5), *pacta praetoria* (6) y *pacta legitima* (7), según la terminologia moderna. Se les reunió bajo la denominación común de pactos confirmados (*pacto vestita*, en el lenguaje moderno) (8), porque están escudados de una acción; á ello se oponen los pactos simples (*pacta nuda*) (9) ó desprovistos de acción. Los pactos confirmados son en realidad contratos consensuales; el sólo consentimiento de las partes basta en ellos para la perfección de la convención. Sin embargo, nuestras fuentes rehusan de una manera celosa á estas convenciones el nombre de contrato; ni una sola vez se les llama contratos consensuales. Es que los pactos accesorios no eran obligatorios por sí mismos, sino solamente en razón de otro contrato del cual formaban una dependencia. En cuanto á los pactos pretorianos, su reconocimiento no era debido al derecho civil, y los pactos legítimos aparecieron en una época en que la teoría de los contratos estaba definitivamente fijada en los escritos de los jurisconsultas clásicos; no se quiso ya

(1) Arg. *Inst. eod.* § 11.
(2) D. 4, 8, l. 3. § 1.
(3) C. 5, 11, l. 6.—Art. 2119 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(4) C. 8, 53, l. 35, § 5.—Véase *infra*, § 169, 2°.
(5) D. 2, 14, l. 7, § 5.
(6) D. *eod.* l. 17, § 2.
(7) D. *eod.* l. 6.
(8) D. 19, 5, l. 15.
(9) D. 2, 14, l. 7, § 4,

modificarla, haciendo entrar en ella nuevas especies [1].

3. Aquí se detuvo el desenvolvimiento de las convenciones perfectas por el sólo consentimiento de las partes. El Derecho Romano poseía ahora cinco contratos consensuales, algunos pactos legítimos ó pretorianos y los contratos de buena fe sostenían cláusulas accesorias de toda especie. Fuera de estas especies rigurosamente determinadas, dominaba el principio de que la convención como tal, la convención fundada en el solo consentimiento de las partes, no constituía sino un simple pacto; no resultaba de aquí sino una obligación natural con una excepción. Es una grave imperfección del Derecho Romano. Justiniano habría debido convertir la estipulación en un contrato consensual de aplicación general y suprimir así de una vez la distinción entre los contratos y los pactos, entre los contratos consensuales y los contratos verbales, entre los pactos confirmados y los pactos simples. Se habría obrado de este modo una asimilación análoga á la que hizo en tantas otras teorías del Derecho Romano. Pero no realizó esta reforma; se limitó á acercar un poco la estipulación á los contratos consensuales, como lo explicaremos en el párrafo siguiente. La estipulación no constituye menos por esto el complemento del sistema de los contratos consensuales y de los pactos confirmados, porque permite fácilmente hacer obligatorios en derecho civil los simples pactos.

§ 80.—*Historia de los contratos verbales.*

I. En virtud de una constitución del Emperador León I, del año 472, la estipulación fué despojada de los términos solemnes; desde entonces pudo hacerse en cualesquiera términos; sólo se tomaba en considera-

(1) Schilling, III, § 250.—V. *infra*, § 83, 1.

ción la voluntad de las partes (1). Pero la estipulación continuó exigiendo un consentimiento dado de viva voz (2), y por medio de una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (3).

II. En cuanto á la *dotis dictio* y al *receptum* de los banqueros, han desaparecido. La *dotis dictio* no tenía ya razón de ser, después de que los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III, había hecho de la constitución de la dote un pacto legítimo [4], y el *receptum* de los banqueros se había perdido así antes de Justiano [5].

§ 81.—*Historia de los contratos reales.*

Los antiguos contratos reales no eran válidos sino en tanto que se les había revestido de la forma de la mancipación, para dar lugar á la acción de fiducia [6]. La simple entrega de una cosa con la mira de una prestación recíproca no autorizaba para demandar la ejecución de ésta, á menos que se hubiera hecho prometer la prestación recíproca por el contrato verbal de estipulación, en cuyo caso se disponía de la *actio ex stipulato* [7]. No empleándose la forma de la mancipación, el que había entregado una cosa con la mira de una prestación recíproca, carecía de acción para dirigir ésta. Podía solamente repetir por la *condictio causa data causa non secuta* lo que había pagado [8] ó bien, al menos á partir de cierta época del Derecho Romano,

(1) C. 8, 37, l. 10.—*Inst.* 3, 15, § 1.
(2) *Inst.* 3, 19, § 12.
(3) *Inst.* 3, 15.
(4) C. 5, 11, l. 6.
(5) C. 4, 18, l. 2.—*Inst.* 4, 6, § 8.—V. *suprà*, § 71, 3°.
(6) V. *supra*, § 76.
(7) V. *supra*, § 77, 1°.
(8) D. 12, 6, l. 52 y l. 65, § 4.

obrar por daños y perjuicios; en el caso de dolo de la parte adversa, ejercía la acción de dolo [1]; si había simple culpa; pero la equidad reclamaba una reparación pecuniaria independientemente de la restitución de la cosa recibida, se acabó por acordar una acción *in factum* [2]. Pero sucesivamente todos los contratos reales fueron desembarazados de la forma de la mancipación; se admitió de una manera general que la simple entrega de una cosa ó la simple prestación de un hecho con la mira de una prestación recíproca, era una causa suficiente de obligación, que había allí un contrato que producía una obligación civil y una acción para reclamar la prestación recíproca [3].

1. Este principio fué reconocido desde luego para cuatro contratos reales: el préstamo de consumo, el préstamo de uso, el depósito y el contrato de prenda [4]. No nos es conocida la época precisa de esta reforma; pero el silencio de nuestras fuentes testimonía su antigüedad. Fué después de la ley de las Doce Tablas cuando se empezaron á acuñar piezas de moneda cuyo valor se determinaba por el número al lado de los antiguos lingotes de bronce que remontan á Servio Tulio y cuyo valor se determinaba por el peso (5). Desaparecieron más tarde, sin duda en el curso del cuarto siglo antes de Jesucristo (6). Ahora el peso de la moneda, en presencia de cinco testigos y del *libripens* no podía ser sino simbólico: el mutuante tocaba la balanza con una pieza de moneda, que entregaba á manera

---

[1] D. 19, 5, l. 5, § 3 y l. 16, § 1.

[2] L. 16, § 1.—Maynz, II, § 243.

[3] D. 2, 14, l. 7, § 2.

[4] Gayo, III, 90; D. 44, 7, l. 1, § 2, 3, 5 y 6.—Arts. 2661, 2545 y 1773 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[5] Gayo, I, 122.

[6] Tito-Livio, IV, 41.

de préstamo á su cocontratante (1). Desde entonces el empleo de la mancipación debía naturalmente acabar por perder su carácter obligatorio (2). En lo que concierne al *nexum*, que en la antigua Roma acompañaba tan frecuentemente al préstamo de dinero (3), fué prohibido de una manera absoluta por una ley *Paetelia* (4), que parece pertenecer al año 813 antes de J. C. (5); el mutuatario de una suma de dinero, decía la ley, no obligará ya sino sus bienes y no su persona (6); según Tito Livio (7), era en cierto modo un nuevo principio de libertad para los plebeyos (8).

2. Bajo el imperio, el principio de que una simple prestación hecha en vista de una prestación recíproca era una causa suficiente de obligación, fué aplicado á otras especies que el préstamo de consumo, el comodato, el depósito y el contrato de prenda. La reforma fué debida á la escuela de los Proculeyanos, y atravesó las mismas faces que la mayor parte de las otras reformas del Derecho Romano; se operó de una manera sucesiva. Labeon y sus partidarios comenzaron por hacer prevalecer el principio nuevo en ciertos casos particulares en que parecía sobre todo exigido por la equidad [9]. Bajo Trajano, el jurisconsulto Ariston estableció la regla general de que existía una causa de obligación siempre que una de las partes había *dado* una cosa con el objeto de recibir en cambio una

---

[1] Gayo, III, 174.
[2] Gayo, III, 173.
[3] V. *supra*, § 76, 2°.
[4] Tito-Livio, VIII, 28.
(5) Varron, *de lingua latina* VII, 105.
(6) Tito-Livio, VIII, 28.
(7) VIII, 28.
(8) Ciceron, *de Republ.* II, 34.
(9 D. 19, 5, l. 1, § 1; D. *eod.* l. 6; D. *eod.* l. 12, 19 y 20, § 2; D. 12, 14, l. 16.

prestación cualquiera [1] y al fin del período clásico esta regla había sido extendida á todos los casos en que cualquiera otra prestación que no fuese una dación hubiera sido hecha en vista de una prestación recíproca [2]. La reforma era ahora tan completa como era posible. Entre los nuevos contratos, algunos tenían un nombre especial; bastará citar el *precarium* [3], la *transactio* [4], la *permutatio* [5] y el *aestimatum* [6]; estos nombres datan de la época clásica y eran tan técnicos como los de *mutuum* y de *commodatum* [7]. Pero la mayor parte de los nuevos contratos reales carecían de una denominación particular, y no se podía pensar en darles alguna á cada uno de ellos, porque variaban hasta lo infinito (8). Desde entonces, al menos en cuanto á estos contratos sin nombre propio, era materialmente imposible crear acciones especiales, designadas con el nombre del contrato á que se referían (9). Era igualmente imposible insertar en la fórmula de la nueva acción una *demonstratio* que indicase el nombre del contrato cuya ejecución se exigía; no se podía decir, como con respecto á la *actio venditi* ó á la *actio depositi*, "*quod ille vendidit vel deposuit*" (10). Era preciso reemplazar esta *demonstratio* por una libre exposición de los hechos de la causa; esta exposición era una verdadera *demonstratio* concebida *in factum* (11) y, como la

(1) D. 2, 14, l. 7, § 2.
(2) D. 19, 5, l. 5, § 3 y 4.
(3) D. 43, 26.
(4) D. 2, 15.
(5) D. 19, 4.
(6) D. 19, 3.
(7) D. 43, 26, l. 8 y 14; D. 19, 3, l. 1.
(8) D. 19, 5, l. 4.
(9) D. 19, 5, l. 1, 2 y 3.
(10) Gayo. IV, 40.
(11) C. 2, 4, l. 6, § 1.—Gayo IV, 136.

demonstratio propiamente dicha, ella figuraba á la cabeza de la fórmula, inmediatamente después de la designación del juez. De aquí el nombre de *praescriptio* dado á esta parte de la fórmula (1) y el de *actio praescriptis verbis* (2). La creación de esta acción para los nuevos contratos reales que estaban desprovistos de una designación propia, no impedía crear acciones especiales para aquellos que habían recibido nombres propios. Pero estando sometidos unos y otros á la misma teoría, era lógico agregarles una acción única, y la acción *praescriptis verbis* fué aplicada de una manera general á todos los demás contratos reales fuera de los dos préstamos, el deposito y el contrato de prenda (3). Partiendo de la idea de que todos estos contratos están garantizados por una acción general ó innominada, los intérpretes del Derecho Romano han sido conducidos á llamarlos contratos innominados, y esta expresión es irreprochable. Pero hay que guardarse de extenderla en el sentido de que todos los contratos de que se trata carecieran de una denominación propia. Ella significa solamente que todos están garantizados por una acción innominada, por la acción *praescriptis verbis;* esta se había hecho necesaria porque la mayor parte de los nuevos contratos no tenían nombre particular, y de estos se la había extendido á los contratos provistos de un nombre propio. Por lo demás, al lado de la acción *praescriptis verbis* que tiende á la ejecución del contrato innominado, se mantuvo la *condictio causa data causa non secuta* sobre rescisión del contrato, á causa de la inejecución de las obligaciones de la parte adversa (4).

---

(1) Gayo, IV, 136.
(2) D. 19, 5, l. 1 y 2.
(3) D. 19, 3, l. 1.
(4) C. 4, 64, l. 4, § 1.

§ 82.—*Historia de los contratos literales.*

Mientras que los contratos reales llegaban á un desenvolvimiento tan completo, los antiguos contratos literales tenían una suerte del todo diferente; desaparecían de una manera absoluta, y la legislación de Justiniano no conoce ya, ni los *nomina transcripticia* (1), ni el contrato literal fundado sobre los *chirographa* y los *syngraphae* (2). En nuestra opinión, era esto una consecuencia natural del desenvolvimiento de la teoría de las convenciones. En efecto, en el nuevo Derecho Romano, no solamente existe una convención civilmente obligatoria, siempre que se verifica una prestación cualquiera en vista de una prestación recíproca, sino que varias de las convenciones más frecuentes de la vida civil quedan perfectas por el simple consentimiento de las partes y todas las demás pueden hacerse civilmente válidas por el empleo de la forma ahora simplificada de la estipulación (3). Los contratos literales no tenían, pues, ya razón de ser. Es verdad que Justiniano dispone que si un quirógrafo *de mutuo* tiene dos años de fecha, hará plena fe del préstamo y que el signatario no podrá ya invocar la *exceptio non numeratae pecuniæ* (4). He aquí por qué, en sus institutas (5) el Emperador representa el quirógrafo *de mutuo*, como creador de una obligación literal. Pero esta apreciación no es fundada.

El quirógrafo *de mutuo*, aunque remonte á dos años, no sirve sino para la prueba del préstamo; el signatario del pagaré está obligado, en virtud del préstamo, y

(1) *Inst.* lib 3, tit. 21 *initio.*
(2) C. 8, 1, l 4.—C. Theod. 2, 4, l. 6.
(3) Savigny, § 3.
(4) C. 4, 30, l. 14.—V. *infra.* § 148.—*Novella*, 100, cap. 2 y C. 4, 30, l. 14, § 1.
(5) *Inst.* 3, 21.

no en razón del escrito; éste prueba la obligación y no la crea (1). Se objeta que, á pesar del escrito y la expiración de los dos años, en realidad puede no haberse verificado el préstamo; ahora bien, se dice, si el préstamo no se ha efectuado, no podría ser la causa de la obligación; ésta descansa entonces exclusivamente sobre la escritura. El argumento no es sino especioso. Cuando el quirógrafo *de mutuo* remonta á dos años, el préstamo queda jurídicamente establecido; en derecho el préstamo existe y él crea la obligación. La circunstancia de que, en la realidad, el préstamo podría no haberse verificado, no podría ser tomada en consideración, porque lo que no está jurídicamente establecido, no existe á los ojos de la ley. Finalmente, la idea de que el préstamo podría ser contrario á la realidad de las cosas, se presenta con ocasión de todos los contratos redactados por escrito; la venta comprobada por escrito puede no haber sido concluida; ¿acaso se sostendrá por esto que no hay venta, sino una simple obligación literal? Para defender la existencia de un contrato literal fundado sobre el quirógrafo *de mutuo*, se podría también producir este otro argumento que, después de dos años, dicho quirógrafo hace fe absoluta y no admite ya la prueba contraria (2). Si efectivamente fuese así, sería preciso concluir, no que existe en el caso un contrato literal, sino que, después de dos años, la ley otorga una autoridad tan grande al quirógrafo *de mutuo*, que el préstamo queda absolutamente establecido y al abrigo de toda cuestión. Pero pensamos que el quirógrafo *de mutuo* que ha adquirido dos años de fecha, puede todavía ser combatido por la prueba contraria; nos referimos á este respecto á la teoría del

(1) Una observación análoga puede aplicarse á los quirógrafos *de dote* y *de depósito*.

(2) Arg. C. 4, 30, l. 8, § 2 y l. 14, § 3.

préstamo de consumo (1). Apenas es necesario añadir que la apreciación de Justiniano sobre el carácter jurídico del quirógrafo *de mutuo* no podría embarazarnos, porque ella no constituye una regla de derecho y no tiene sino un valor doctrinal. El error de Justiniano proviene de que ha seguido de una manera inconsiderada las Institutas de Gayo; ha querido crear en sus Institutas un título para las obligaciones literales, por analogía con las explicadas por Gayo. Los autores están muy divididos (2).

III.—DIVISIONES DE LAS CONVENCIONES.

El Derecho Romano conoce contratos y pactos (§ 83), convenciones á título oneroso y convenciones á título gratuito (§ 84), convenciones bilaterales y convenciones unilaterales (§ 85), en fin, convenciones de buena fe y convenciones de derecho extricto, según que las obligaciones que nacen de la convención, son de buena fe ó de derecho extricto (véase *supra*, § 48 y 50).

§ 83.—*De los contratos y de los pactos.*

I. *Noción de los contratos y de los pactos.* (3) A) Los contratos (*contractus*) son convenciones que, ya en la época clásica, producían una obligación civil por sí mismas y en virtud del derecho civil propiamente dicho. Los pactos (*pacta*) son convenciones que crean una simple obligación natural, ó que no crean una obli-

(1) V. *infrà.* § 148.

(2) Thibaut, I, § 488.—Savigny, V.—Ortolan, III, núms. 1433 á 1440; Maynz, II, § 248 y nota 8.

(3) En un sentido lato, las palabras *contractus* y *pacta* son sinónimas y equivalen á *conventio (supra* § 75, 1°). En el antiguo derecho civil la palabra *pactum* parece haber sido empleada de preferencia para designar cualquiera convención.

gación civil sino á título de accesorio de otro contrato ó en virtud del Derecho Pretoriano ó de las constituciones del Bajo-Imperio. Según esto, el contrato reune cuatro caracteres; á falta de uno de ellos la convención pertenece á la categoría de los pactos.

1. El contrato es una convención que produce una obligación civil. La convención que no da lugar sino á una obligación natural es un simple pacto.

2. El contrato es una convención que produce una obligación civil por sí misma. Hay convenciones que no dan lugar á una obligación civil sino en razón de otro contrato, del cual forman una dependencia; son los pactos accesorios.

3. El contrato es una convención que produce una obligación civil en virtud del derecho civil propiamente dicho. Las convenciones á las cuales ha sido unida por el derecho pretoriano semejante obligación, son pactos pretorianos.

En fin, 4 el contrato es una convención ya civilmente obligatoria en la época clásica. Las convenciones que no se hicieron civilmente obligatorias sino en virtud de las constituciones del Bajo-Imperio, son pactos legítimos.

B). Esta noción de los contratos y de los pactos, resulta de una manera cierta de la historia de las convenciones en Derecho Romano (1). La antítesis tiene ante todo una base histórica, y se refiere al mismo tiempo á la fuerza obligatoria de las convenciones. No hay otra diferencia entre los contratos y los pactos. Sin embargo, ha habido esfuerzo, aunque inútil, para establecer semejante diferencia. Se ha sostenido que el rasgo característico de los contratos era la reciprocidad de las prestaciones (2) ó más bien de interés (3).

(1) C. 4, 66, l. 1.—Gayo, III, 145.—*Inst.* 3, 24, § 3.—C. 4, 3, l. unic.
(2) Walter, p. 6117 y 621; Maynz, II, § 207.
(3) Maynz, II, § 207.

Esta doctrina está condenada por los hechos más positivos. De un lado, numerosos contratos, y entre ellos los más importantes del sistema del Derecho Romano, la estipulación, el antiguo contrato literal fundado en los *nomina transcripticia*, el *mutuum* gratuito, la donación modal ejecutada, el comodato, el depósito y el mandato no intervienen manifiestamente sino en el interés de uno sólo de los contratantes (1). De otro lado, muchos pactos, y especialmente las convenciones relativas á los contratos innominados, tales como la permuta, la dación de arras, la partición, la transacción y el compromiso, interesan incontestablemente á todos los contratantes. ¿Cómo, sobre todo, se podría desconocer la perfecta analogía que existe, desde este punto de vista, entre la venta y la convención de permuta, la una un contrato, la otra un simple pacto? (2). Así la opinión de que se trata ha quedado aislada (3).

II. *Subdivisiones de los contratos.* Los contratos son consensuales, verbales ó reales (4); el derecho de Justiniano no conoce ya contratos literales (5). Esta división se refiere á la perfección de los contratos. Todos exigen para su perfeccionamiento el consentimiento de las partes; sin este consentimiento no se concibe un contrato (6). Pero esta condición no es siempre suficiente; se necesita á veces todavía otra cosa para que el contrato exista.

1. Los contratos consensuales [*consensu obligationes* [7] son aquellos que se perfeccionan por el sólo

(1) Véase *supra*, § 77, 1° *initio*.
(2) Maynz, II, § 207.—D. 2, 14, l. 7, § 2 é *Id.* 50, 16, l. 19.
(3) Ortolan, III, núm. 1203.
(4 *Inst.* 3, 13, § 2.
(5) V. *supra* § 82.
(6) D. 2, 14, l. 1, § 3; *Id.* 44, 7, l. 55.
(7) Rúbrica *Inst.* 3, 22.—D. 50, 17, l. 35.

consentimiento de las partes [*solo consensu contrahitur obligatio*] (1). Ninguna otra condición se requiere, y particularmente no se necesitan ni palabras, ni la ejecución unilateral del contrato (2). El Derecho Romano no conoce sino cinco contratos de esta especie: la venta, el arrendamiento, el mandato, la sociedad y el contrato enfitéutico (3).

2. Los contratos verbales (*verborum obligationes*) (4) son aquellos que perfeccionan solamente por palabras (*verbis contrahitur obligatio*) (5); las partes deben consentir de viva voz (6). El único contrato verbal del Derecho de Justiniano es la estipulación; pero es una forma general de contratar susceptible de ser aplicada á una convención cualquiera [7]. Como todo contrato verbal, la estipulación exige un consentimiento manifestado de viva voz (8); se necesita, además, una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (9).

3. Los contratos reales (*rei obligationes*) (10) son aquellos que requieren para su perfección que la convención haya sido ejecutada por una de las partes (*re contrahitur obligatio*) (11). Para que el contrato real exista, es necesario, pues, además del consentimiento, la ejecución unilateral de la convención: una de las partes debe haber hecho la prestación que le incumbe: debe haber entregado la cosa ó prestado el hecho que estaba obli-

---

(1) *Inst.* 3, 13, § 2; *Id* 3, 22, § 1 y 2.
(2) *Inst.* eod. § 1.
(3) *Inst.* eod.—*Id.* 3, 24, § 3 y C. 4, 66, l. 1.—V. *infra* § 119 y 123.
(4) Rúbrica *Inst.* 3, 15.
(5) *Inst.* eod. *initio.*
(6) *Inst.* 3, 19, § 12.
(7) D. 45, 1, l. 5.
(8) *Inst.* 3, 15.
(9) *Inst.* eod. § 1.
(10) Gayo, III, 131.
(11) *Inst* 3, 13 § 2.—*Inst.* 3, 14.

gada á entregar ó á prestar [1]. Es así como el préstamo no es perfecto sino por la entrega de la cosa que se trata de prestar. La promesa de prestar, á pesar del consentimiento de las partes, no es un préstamo: sus efectos son absolutamente diferentes: ella no obliga sino al futuro prestamista (2), mientras que el contrato de préstamo obliga principalmente al mutuatario (3). La promesa de prestar no es, por otra parte, sino un simple pacto, á menos que sea revestida de la forma de estipulación (4). Del mismo modo la permuta no es perfecta sino por la entrega de una de las cosas que se trata de permutar; la convención de permuta, ó, como dicen los modernos, el *pactum de permutando*, no es una permuta, una *permutatio;* por sí misma esta convención no es sino un simple pacto (5). Los contratos reales se subdividen por su lado; son nominados ó innominados, según que producen una acción especial ó la acción general *praescriptis verbis* (6). La primera categoría no comprende sino cuatro especies: el préstamo de consumo (7), el préstamo de uso (8), el depósito (9) y el contrato de prenda (10). Todos los demás contratos reales son innominados (11), las más di-

(1) En este amplio sentido se debe entender la regla de que el contrato real se perfecciona por la entrega de la cosa: *re contrahitur obligatio.*

(2) Arg. D. 12, 1, l. 30.

(3) V. *infra* § 149 y 151.

(4) Arg. *Inst.* 4, 13, § 2.

(5) C. 4, 64, l. 3.

(6) V. *supra*, § 81, 2°.

(7) *Inst.* 3, 14.—Art. 2661 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(8) *Inst.* eod. § 2.—Art. 2666 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(9) *Inst.* eod. § 3 —Art. 2545 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(10) *Inst.* eod. § 4.—Art. 1776 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(11) Accarias, *Teoria de los contrat. innominados.*

versas especies pertenecen á esta categoría; toda prestación hecha con la mira de una prestación recíproca constituye un contrato real innominado, aparte los dos préstamos, el depósito y el contrato de prenda. La prestación que da nacimiento al contrato, puede consistir en la entrega de una cosa ó en hecho del hombre, y la prestación recíproca puede presentar la misma variedad de objeto; de aquí los contratos reales innominados bajo las cuatro formas: *do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des* (1). La grande utilidad que presenta el principio de los contratos reales innominados, consiste en que permite hacer civilmente obligatorios todos los pactos simples cuando son sinalagmáticos. En efecto, desde el momento que un pacto simple impone obligaciones á las dos partes contratantes, cada una de ellas tiene la facultad de convertir la convención en un contrato real innominado, ejecutando su obligación; de esta manera ella se crea el derecho de demandar judicialmente la ejecución de la obligación recíproca del contratante. Tal es el caso en que dos personas han convenido en permutar una cosa por otra (2). Desde este punto de vista los contratos reales innominados llenan un papel análogo al de la estipulación (3). Pertenecen á esta categoría de contratos la permuta (4), el contrato estimatorio (5), el precario (6), la dación de, arras (7), la donación modal (8), la transacción (9), la

(1) D. 19, 5, l. 5; *Id.* 12, 4, l. 3.—C. 2, 4, l. 6.—Maynz, II, § 243, nota 26.
(2) Arg. D. 2, 14, l. 45.—C. 2, 3, l. 21 é *Id.* 3, 38, l. 7.
(3) V. núm. III, 2º de este §.
(4) Arg. D. 19, 4, l. 1, § 2.—Art. 2930 del Cód. Civ. cit.
(5) Arg. D. 19, 3, l. 1.—Art. 2342 del Cód. Civ. cit.
(6) D. 43, 26, l. 2, § 2.—*Escriche, Dicc*, v. *Precario*.
(7) Arg. D. 19. 5, l. 17, § 5.—Arts. 2820 y 2821 del Cód. Civ. cit.
(8) Arg. C. 8, 53, l. 9.—Arts. 2597, 2598 y 2644 del Cód. Civ. cit.
(9) Arg. C. 2, 4, l. 6, § 1.—Art. 3151 del Cód. Civ. cit.

partición convencional (1), etc. (2). Una regla general aplicable á todos es que dan lugar á dos acciones (3). Una tiende á la ejecución del contrato (4): es la acción *praescriptis verbis* (5) llamada también *civilis actio in factum* (6), *civilis incerti actio* (7), etc. (8). La otra tiene por objeto hacer rescindir el contrato por causa de inejecución de las obligaciones del cocontratante y, como consecuencia, obtener la restitución de la cosa dada en pago (9); se la llama *condictio causa data causa non secuta* (10) ó *conditio ob causam datorum* (11). Es una regla propia de los contratos innominados, con ocasión de los demás contratos, la inejecución de las obligaciones de la parte adversa no autoriza de una manera tan general para demandar la rescisión del contrato (12). La razón de la particularidad es que, antes del reconocimiento de los contratos innominados, aquel que había hecho una prestación con la mira de otra recíproca, no disponía sino de la *conditio causa data causa non secuta*, contra el contratante que se rehusaba á llenar sus obligaciones (13), y esta acción sobre repetición fué mantenida más tarde después de la creación

(1) Arg. C. 3, 38, l. 7, anal.—Art. 1855 del Cód. Civ. cit.

(2) Citamos también el contrato llamado por los modernos *contractus sufragii*.—Maynz, II, § 244, nota 1.

(3) D. 19, 5, l. 5, § 1.

(4) L. 5, § 1 initio.

(5) D. eod. l. 2; C 2, 4, l. 6, § 1.—*Supra* § 81, 2°.

(6) D, 19, 5, l. 1, § 1 y 2.—Gayo, IV, 46.—Maynz, II, § 243 y nota 19.—Accarias, *op. cit.* p. 66 y 68.

(7) D. 2, 14, l. 7, § 2; *Id.* 19, 5, l. 16, Savigny, V, § 217, Maynz, II, § 243.

(8) D. 19, 5, l. 13, § 1 y l. 24.—C. 4, 64, l. 6.—D. 12, 4, l. 3, § 4.

[9] D. 19, 5, l. 5, § 1 y l. 7.

[10] D. 12, 4, Arg. D. 19, 5, l. 5, § 1 y C. 4, 6, l. 5.

[11] C. 4, 6, l. 5.

[12] V. *infra* § 101, I, 5°.

[13] V. *supra* § 81 initio.

de la acción *praescriptis verbis*. Pero la *conditio causa data causa non secuta* está, en nuestra opinión, subordinada á la inejecución culpable de las obligaciones del cocontratante; el autor de la prestación que ha dado nacimiento al contrato, no puede desistirse de éste por la sola voluntad; no tiene el *jus paenitendi*, como lo demostraremos más adelante (1). Cuando la prestación recíproca se ha hecho imposible á causa de un accidente, él puede solamente, por una *conditio sine causa*, repetir la prestación hecha, si la prestación recíproca tenía por objeto el goce de una cosa ó servicios conforme á las reglas sobre los riesgos y peligros en las obligaciones (2). A diferencia de la acción *praescriptis verbis* y aunque los contratos innominados sean de buena fe, la *condictio causa data causa non secuta*, como todas las *conditiones* en el sentido escrito de esta palabra, es de derecho extricto; no tiene por fundamento el contrato real innominado, al cual precedió históricamente, sino el cuasi contrato resultante de un pago indebido (3).

III. *Subdivisiones de los pactos.*—Los pactos comprenden también varias categorías. Ante todo son confirmados ó simples.

1. Los pactos confirmados (*pacta vestita*, según la etimología moderna) (4), con aquellos que producen una obligación civil (5). Son tres especies: legítimos, pretorianos ó accesorios (*legitima* (6), *praetoria* (7) ó *adiecta* (8), en el lenguaje moderno), según que han si-

[1] V. *infra*. § 101, I, 5°.
[2] V. *supra*. § 17 , 3°.
[3] V. *infra* § 198, II.
[4] D. 19, 5, l. 15.
[5] D. 2, 14, l. 7, § 5.
[6] D. 2, 14, l. 6.
[7] D. eod. l. 17, 2.
[8] D. eod. l. 7, § 5.

dó reconocidos por constituciones del Bajo-Imperio (1), por el derecho pretoriano ó bien á título de accesorios de otro contrato. Los pactos legítimos son la novación (2), la constitución de dote (3) y, en cierto sentido, el compromiso (4), y la promesa de pagar los intereses de un capital tomado en préstamo (5). Dan lugar á una *condictio ex lege* (6), salvo concesión de una acción especial (7). Los actos pretorianos son la convención de hipoteca (8), el constituto (9), la convención relativa á un juramento extrajudicial (10) y la aceptación de las funciones de árbitro (11). Se puede demandar su ejecución por una acción *in factum* (12), siempre que no se ha establecido acción especial como para el constituto, que produce la *actio de pecunia constituta* (13). En cuanto á los pactos accesorios, cuyo número es ilimitado, se espondrá su teoría al fin de las convenciones (14).

2. Los pactos simples *(pacta nuda)* son aquellos que no producen sino una obligación natural (15). Pero se hacen civilmente obligatorios de dos maneras. Desde

---

[1] V. las notas siguientes.
[2] C. 8, 53, l. 35, § 5.—*Inst.* 2, 7, § 2.—Novella 162, cap. 1.
(3) C. 5, 11, l. 6.
[4] C. 5, 55, l. 5, § 1 y 2 y l. 4, § 6 y 7.—V. *infrá* § 181, 2°.—Maynz. —II, § § 250 y 252.
[5] C. 4, 32, l. 11.—D. 22, 2, l. 5, § 1 y l. 7; *Id.* 22, 1, l. 30.—*Novella* 136, cap. 4.—Maynz, II, § 252, D. 2, 14, l. 6.
[6] Arg. D. 13, 2, l. unic.—*Novella* 162, cap. 1, § 1.
[7] C. 2, 55, l. 5 y 4, § 6.
[8] *Inst.* 4, 6, § 7.
[9] *Inst.* 4, 6, § 9.
[10] Arg. *Inst.* eod. § 11.
[11] D. 4, 8, l. 3, § 1 y l. 15.
[12] C. 4, 1, l. 8.
[13] *Inst.* 4. 6, § 9.
[14] V. *infra.* § 185 y 189.
[15] Paulo, III, 14, § 1.—D. 2, 14, l. 7, § 4 y l. 45, C. 4, 64. l. 3.

luego las partes pueden revestirlos de la forma de la estipulación (1); siendo ésta esencialmente unilateral, son indispensables dos estipulaciones el caso de un pacto sinalagmático (2). Después, si se trata de un pacto de la última especie, cada parte puede convertirlo en un contrato real innominado, ejecutando su obligación (3).

§ 84.—*De las convenciones á título oneroso y de las convenciones á título gratuito.*

Aunque esta división no esté directamente indicada en nuestras fuentes (4), no ejerce menos una influencia considerable sobre muchas teorías (5), y por consiguiente, conviene ocuparse de ella (6).

1. Las convenciones á título oneroso son aquellas en que cada parte contrata en vista de un equivalente que debe suministrar el cocontratante. A esta categoría pertenecen, entre otras, la venta (7), el arrendamiento (8), la sociedad (9), el contrato enfitéutico, el contrato de prenda (10), y el préstamo de consumo con estipulación de intereses (11). Para hablar solamente de

[1] Paulo, II, 22, § 2.

[2] D. 17, 1, l. 71.

[3] Arg. D. 2, 14, l. 45.—C. 2, 3, l. 21 é *Id.* 3, 38, l. 7.

[4] Sin embargo, V. D. 13, 6, l. 5, § 2; *Id.* 43, 26, l. 14; *Id.* 9, 5, l. l. 15 y 22.—Arts. 1273 y 1275 del Cód. Civ. cit.

[5] V. núm. 2 de este §.

[6] Maynz, II, § 197.

[7] D. 13, 6, l. 5, § 2.—Art. 2811 del Cód. Civ. cit.

[8] Id. Id.—Art. 2936 del Cód. Civ. cit.

[9] Id. Id.—Art. 2219 del Cód. Civ. cit.

[10] Al menos si la prenda es dada por el deudor.—D. 13, 6, l. 5, § 2.—V. *supra* § 13, 2°.—Art. 1773 del Cód. Civ. cit.

[11] Los contratos reales innominados tienen casi todos el mismo carácter. Sin embargo, esto no tiene nada de absoluto; la donación modal ejecutada lo prueba.—V. adelante en este mismo nº 1.—Art, 2694 del Cód. Civ. cit.

la venta y del préstamo á interés, si el vendedor contrata, es en virtud del precio, que considera como el equivalente de su mercancía. Si el comprador contrata, es en vista de la mercancía, que en su pensamiento equivale al precio. Del mismo modo, si alguno presta á interés, es á causa de la restitución del capital y de pago de intereses, equivaliendo éstos últimos al capital. Si el mutuatario promete restituir el capital con los intereses, es porque encuentra un equivalente en la entrega y el goce del capital. Las convenciones á título oneroso son comunicativas ó aleatorias, según que el equivalente en vista del cual se contrata es cierto ó incierto, es decir, conforme al curso ordinario de los acontecimientos ó dependiente de circunstancias accidentales (1). La venta es generalmente conmutativa; pero ella es aleatoria si tiene por objeto un azar de pesca (2), frutos que han de nacer (3), pretensiones hereditarias (4), aun el derecho de herencia, puesto que en este último caso, el comprador soporta la evicción de los bienes hereditarios determinados (5), etc. Las convenciones á título gratuito ó de beneficencia son aquellas por las cuales una de las partes quiere hacer una liberalidad á la otra. Tienen este carácter la donación, la constitución de dote otorgada por otra persona que la mujer, (6), el mandato, el depósito (7), el préstamo de consumo sin estipulación de intereses, etc. No es de la

[1] D. 18, 1, l. 8, § 1.—Art. 2701 del Cód. Civ. cit.

[2] L. 8, § 1.—Art. 2806 del Cód. Civ. cit.

[3] L. 8 cit.—Art. cit.—V. *infra* § 115, II, B.

(4) D. 18, 4, l. l. 10 y 11.—Art. 1621 del Cód. Civ. cit.

(5) D. eod. l. 2.—*Contra*: art. 2833 del Cód. Civ. cit.

(6) *Vatic. fragom.*, 269, 305 y 306; D. 23, 3; l. 9, § 1 y l. l. 33 y 43; *Id.* 42, 8, l. 25, § 1; C. 5, 3, l. 20, § 2; *Id.* 13, 6, l. 5, § 2; *Id.* 42, 8, l. 25, § 1.—Arts. 2119, 2594 y 2668 del Cód. Civ. cit.—Maynz, III, § 109.

(7) D. 13, 6, l. 5, § 2; *Contra:* Arts. 2374 y 2547 del Cód. Civ. cit.—(V. *Gaceta de Trib. de México*, tom. 3, p. 502 y 508).

esencia de la convención á título gratuito que el autor de la liberalidad sea el único obligado; el gratificado puede serlo igualmente, con tal que, en el pensamiento de los contratantes, la prestación que le incumbe, no sea el equivalente de la que reçibe. La donación modal nos suministra un notable ejemplo de esto; es ciertamente una convención de beneficencia, á pesar de la obligación impuesta al donatario de ejecutar el modo (1).

2. La división de las convenciones en convenciones á título oneroso y convenciones á título gratuito, manifiesta su importancia en dos teorías. Desde luego las convenciones á título oneroso dan lugar á la garantía por causa de evicción (2) y de vicios (3) de la cosa; en general, esta garantía no es debida con ocasión de las convenciones de beneficencia (4). Después, en las convenciones de la primera especie, las dos partes están obligadas de ordinario á la culpa leve *in abstracto*, porque están igualmente interesadas en la convención. En las convenciones de la segunda especie, en principio la parte favorecida responde de la misma culpa; pero el autor de la liberalidad, en razón de la ausencia de interés, responde de la culpa grave solamente (5). En lo que respecta á las convenciones á título oneroso y aleatorias, hay ciertas reglas especiales, que se indicarán á medida que tratemos de estas convenciones (6).

---

(1) D. 39, 5, l. 18 initio y § 1.—Arts. 2595, 2597, 2598 y 2644 del Cód Civ. cit.

(2) V. *infra*, § 105 y 106.—Arts. 2622; *contra*: 2128 del Cód. Civ. cit.

(3) V. *infra*, § 107 y 108.

(4) V. *infra*, § 105, I, A y § 107, I, A, 1°.

(5) V. *supra* § 13 y 14.

(6) V. *infra*, § 91, II, 5°, § 115, II, B y § 177, 183 y 184.

§ 85.—*De las convenciones bilaterales y las convenciones unilaterales.*

Esta división no aparece tampoco en nuestras fuentes sino de una manera incidental (1).

1. Las convenciones bilaterales ó sinalagmáticas (según los jurisconsultos Romanos (2), según los autores modernos *contractus bilaterales*) son aquellas que producen obligaciones recíprocas para ambas partes (3). Tales son la venta, el arrendamiento, la sociedad, el contrato enfitéutico, etc. (4). Estas convenciones son á su vez de dos especies: bilaterales perfectas (*bilaterales aequales*) ó bilaterales imperfectas (*bilaterales inaequales*). En las primeras, las cuales pertenecen los contratos mencionados, las dos partes se obligan necesariamente; la reciprocidad de obligaciones es de su esencia; no se comprende que no haya obligación sino por uno de los contratantes. En las segundas, una sola parte se obliga necesariamente, mientras que la obligación de la otra depende de las circunstancias; la reciprocidad de obligaciones es pues aquí accidental; unas veces existe, otras no. Así es cómo el mandato, el comodato, el depósito y el contrato de prenda son contratos sinalagmáticos imperfectos; el mandatario, el comodatario, el depositario y aquel que recibe la prenda, están siempre obligados; el mandante, el comodante, el deponente y aquel que constituya la prenda, no lo están sino en ciertas eventualidades, particularmente en razón de los gastos que han podido ser hechos por su cocontratante; según que estos gastos se hubieran verificado ó no, habrá ó no reciprocidad de obligación

(1) D. 50, 16, l. 19; *Id.* 2, 14, l. 7 § 2°.

(2) D. eod; *Id. Id.*

(3) D. 50, 16, l. 19; *Inst.* 3. 22, § 3.—Art. 1434 del Cód. Civ. cit.

(4) Id. Id.—Arts. 2811, 2936 del Cód. Civ. cit.

(1). Este carácter, diferente de las obligaciones de las partes, influye sobre las acciones que nacen de las convenciones sinalagmáticas imperfectas. Estas producen una acción directa (*actio directa*) y una acción contraria (*actio contraria*); hay acciones directas y acciones contrarias *mandati*, *commodati*, *depositi*, *pignoraticia*. La acción directa se da á la parte necesariamente acreedora, al mandante, al comodante, al deponente, á aquel que constituye la prenda; la acción contraria se da á la parte accidentalmente acreedora, al mandatario, al comodatario, al depositario, á aquel que ha recibido la prenda (2). Las convenciones unilaterales (conventiones unilaterales según la terminología moderna), son aquellas que no producen obligaciones sino para una de las partes. A esta clase pertenecen la donación (3) y la estipulación (4).

2. La división de que se trata no se identifica con la precedente. Las convenciones á título oneroso no son todas sinalagmáticas; son á veces unilaterales; por ejemplo, el préstamo de dinero á interés tiene ciertamente un carácter oneroso (5), y sin embargo no resulta jamás de él obligación sino para el mutuatario (6). Por otro lado, las convenciones á título gratuito no son indistintamente unilaterales; las hay también sinalagmáticas. Citemos ante todo la donación modal, que, á pesar de su carácter gratuito, es bilateral per-

(1) V. *infra*, § 121, II, § 136, II, § 142, II y § 151. Para el préstamo de consumo § 149.

(2) V. *infra*, § 121, 136, 142 y 151.—Arts. 2359 y siguientes, 2372 y siguientes, 2670 y siguientes, 2682, 2683, 2556 y siguientes y 2585, 1773 y siguientes del Cód. Civ. cit.; Gayo, III, 137, *Inst.* 1, 21; *Id.* 3, 22, § 3; D. 17, 1, l. 6 § 4; Maynz, II, § 197.

(3) Salvo el caso de modalidad.—Arts. 2598 y 2599 del Cód. Civ. cit.

(4) *Inst.* 3, 23, § 3; Gayo, III, 137.

(5) V. *supra*, § 84, 1°.

(6) V. *infra*, § 149, initio y II.

fecta. Además, el mandato, el comodato y el depósito son á la vez convenciones de beneficencia (1) y convenciones bilaterales imperfectas.

IV.—CONDICIONES DE LAS CONVENCIONES.

§ 86.—*Enumeración.*

Tres condiciones son necesarias para la validez de una convención cualquiera: la capacidad de las partes contratantes (§ 87), una prestación susceptible de ser el objeto de la convención (§ 88 y 91) y el consentimiento de las las partes (§ 92 y 99). Algunas convenciones exigen una cuarta condición, la solemnidad, particularmente todas las convenciones que no han sido elevadas á la categoría de contratos consensuales ó de pactos confirmados, no son civilmente obligatorias sino cuando han sido revestidas de la forma de la estipulación. Nos ocuparemos de la solemnidad de las convenciones al mismo tiempo que del consentimiento de las partes á que ella se refiere (2). Ninguna otra condición es requerida; desde el momento que personas capaces han consentido en una prestación que puede ser el objeto de la convención, ésta debe llegar á existir, á menos que la ley exija además una condición de forma. No puede considerarse como una condición especial la causa, es decir, el motivo jurídico que determina á las partes á contratar (3). Para las convenciones á título oneroso, este motivo jurídico no es otro que la prestación del cocontratante. Para las convenciones á título gratuito, sucede lo mismo con el motivo

(1) V. *supra*, § 84, 1°.
(2) V. *infrá*, § 92, II, 2°; *Supra*, § 75, 1°.
(3) Arts. 1108 y 1131 del Cód. Napoleón, 1279 del Cód. Civ. del D. F. de México.

jurídico del gratificado; en cuanto al del autor de la liberalidad, es la voluntad de gratificar (1) ó el consentimiento. La causa entra, pues, en las demás condiciones de las convenciones (2). Por lo demás, la convención es completamente independiente del motivo de hecho que determina á contratar; este motivo de hecho puede ser, para el comprador de un caballo, la pérdida (real ó supuesta) de su propio caballo; para el donante, es frecuentemente un servicio que le había prestado el donatario. Un error á este respecto no vicia en lo absoluto la convención, porque el motivo de hecho no es un elemento de la convención (3).

§ 87.— A) *De la capacidad de las partes contratantes.*

En principio, toda persona es capaz de concluir una convención; la capacidad de contratar constituye la regla, la incapacidad la excepciona. La incapacidad no tiene siempre la misma extensión: unas veces es absoluta en el sentido de que se aplica indistintamente á todas las convenciones; otras se limitan á ciertas convenciones; otras no existe sino desde el punto de vista del lazo civil de la abligación, sin oponerse á la formación de una obligación natural, fundada en el derecho de gentes.

(1) No es el servicio prestado por el donatario, aunque lo contrario diga Domat; no hay que ver en este servicio sino un motivo de hecho.

(2) Así, la causa *real* exigida por el art. 1131 del Cód. Napoleón se confunde con el consentimiento, porque la falsa causa resulta de un error.— V. *infra* 93, V, ó de una simulación, § 96.—Y la causa lícita de los arts. 1108, 1131 y 1133 se identifica con la prestación contractual, § 91, II.— Art. 1685 del Cód. Civ, del D. F. de México.

(3) D. 12, 6, l. 52 y 65, § 2.—Para la diversa acepción de la palabra *causa*: D. 2, 14, l 7, § 2 y 4; *Id.* 12, 6, l. 52; *Id.* 12, 7, l. 1, § 1 y 2; *Id.* 19, 1, l. 11, § 6.—V. *supra*, § 83; D. 12, 6, l. 65, § 2 y l. 52; *Id.* 41, 7, l. 1 y 39; *Id.* 12, 1, l. 9; *Id.* 15, 1, l. 49, § 2.

1. Son incapaces de una manera absoluta, trátese de prometer ó de estipular los impúberos de edad de siete años (1), los enajenados (2) y los que están en un acceso de furor (3) ó en un estado de embriaguez (4) tal que han perdido el uso de la razón. Todas estas personas están desprovistas de voluntad y por consiguiente no pueden dar un consentimiento; ahora bien, éste es de la esencia de la convención; *infantes et furiosi nullum negotium gerere possunt, quia non intelleguat quod agunt.* Pero la incapacidad del enajenado cesa con su motivo durante los intervalos lúcidos, con tal de que éstos sean debidamente probados (5). Siempre que hay lugar á concluir una convención relativamente á los intereses de los niños y de los enajenados, si están sujetos al poder de alguien, su padre de familia (6) y, en el caso contrario, su tutor (7) ó curador (8) deben concluir en su lugar (9). Si se trata de hacer una enajenación, el tutor ó el curador debe además hacerla autorizar por un

---

(1) Gayo, III, 109; *Inst.* 3, 19, § 10 con el 8; D. 45, 1, l. 70.—Arts. 420, 1279, fr. I, 1282, 1664 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Gayo, III, 106; *Inst.* 3, 19, § 8; D. 44, 7, l. 1, § 12 y l. 43; C. 4, 38, l. 2.—Arts. 420, 1279, fr. I, 1282 y 1664 del Cód. Civ. cit.

(3) D. 50, 17, l. 48.

(4) Arg. L. 48 cit.

(5) C. 4. 38, l. 2; *Id.* 5, 70. l. 6, § 1.—Partida 6, tít. 16, l. 13; Febrero, Tom. 2, p. 243, núm. 17.—*Contra:* art. 404, fr. II del Cód. Civ cit.

(6) Arg. C. 6, 30, l. 18; *Id.* 5, 70, l. 7, § 1 —Arts. 373 y 1282 del Cód. Civ. cit.—Sent. de juzgado menor de México, de 16 de Febrero de 1860. [Gacet. de Trib., tom 1, p 422].

(7) D. 26, 7, l. 9 y arg. l. 1, § 2.—Arts 421 y 497 del Cód. Civ. cit.—Partida 5, tít 11, l. 4 y 5; *Id.* 6ª, tít. 16, l. 17; *Id.* tít. 19 l. 2.—Escriche, *Dicc.* v. menor.—Peña y Peña, *Práctica For.*, lec. 7ª, § 10,—Sent. del juzgado 3º de lo civil de México, de 14 de Julio de 1860 [Gacet. de Trib., tom. 2, pág. 752]

(8) Arg. D. 27, 10, l. 7.

(9) D. 27, 7, l. 9 y arg. l. 1, § 2.

decreto del Magistrado dado después de una prévia investigación (1).

2. Son capaces de estipular; pero no de prometer, los impúberos de edad de siete años (2), los débiles de espíritu (3) y los pródigos (4); los unos como los otros cuando están en interdicción, es decir, colocados bajo curatela. Estas diferentes personas tienen una voluntad; pueden, pues, dar un consentimiento verdadero, y no habría ningún motivo para no atribuir á este consentimiento sus efectos plenos para las meras estipulaciones; debiendo éstas necesariamente mejorar la condición del incapaz, no existiría á su respecto una necesidad de protección (5). Pero la voluntad de los impúberos de edad de siete años, de los débiles de espíritu y de los pródigos en interdicción, no está suficientemente ilustrada, habían podido contraer obligaciones á la ligera y empeorar su condición; su incapacidad los proteje contra una lesión posible (6). En cuanto á los púberos todavía menores, su capacidad existe generalmente para las promesas y para las estipulaciones, salvo las siguientes restricciones. Desde luego, están afectados de incapacidad para enajenar (7); no pueden concluir convenciones que impliquen de su parte una enajenación, por ejemplo, una donación

---

(1) D. 27, 9, l. 1, § 1 y 2 initio; C. 5, 37, l. 22, § 1.—Arts. 382, 516 á 519 del Cód. Civ. cit.—Partida 3ª, tít. 18, l. 62; *Id.* 1ª, tít. 18, l. 60; *Id.* 5ª, tít. 5, l. 4; *Id.* 6ª, tít. 16, l. 18. Sent. del Juzgado 4° de lo civil, de 13 de Mayo de 1873 [El Foro, año íd., núms. 1 y 2]; de la 2ª Sala del Trib. Sup. del D. F. de 10 de Junio de 1872 [Id. año íd., núm 150] y de la 3ª Sala del íd., de 27 de Enero de 1880 [Id. tom. 7°, 2ª époc. núm. 31].

(2) Gayo, III, 107; *Inst.* 3, 19, § 9; *Id* 1, 21; D 29, 2, l. 8; *Id.* 44, 7ª l. 43; C. 8, 38, l. 1.

(3) Arg. D. 45, 1, l. 6.

(4) L. 6 cit; D. 46, 2, l. 3.

(5) *Inst.* 1. 21.

(6) Art. 512 de Cód. Civ. del D. F. de México, de 1870,

(7) C. 5, 71, l. 4; *Id.* 5, 37, l. 22, § 1.

dando un préstamo de consumo ó una permuta (1). Además, en el caso en que están provistos de un curador general, lo que es la regla, son también incapaces para las convenciones que, sin constituir una enajenación, tienen sin embargo por objeto hacerla, como la venta, la donación *promittendo*, la promesa de prestar cosas consumibles ó la convención de permuta (2). Siendo libre el menor para no tomar un curador general, si pide uno, se presume que se somete á su intervención, cuando se trata de actos tan importantes como las convenciones mencionadas. Si el menor no tiene curador general, la convención es válida (3), salvo que en razón de incapacidad de enajenar, no puede hacer la tradición de la cosa durante su minoridad, y dispone de la restitución entera por causa de lesión (4). Las demás convenciones concluidas por los menores, colocados ó no bajo curatela, producen sus efectos plenos aparte la restitución entera (5). Se está de acuerdo sobre la capacidad del menor que no tiene curador general. Pero la cuestión del grado hasta el cual el menor provisto de tal curador es capaz de obligarse por convención, es objeto de una viva controversia. Muchos autores le rehusan esta capacidad para toda convención, aunque no tuviera por objeto una enajenación; no podría, pues, concluir un arrendamiento, otorgar un mandato, un comodato, un depósito, como tampoco una venta ó una convención de permuta (6). Si era

(1) C. 5, 71, l. 4.
(2) C. 2, 21, l. 3.
(3) L. 3 cit.
(4) Id. Id.
(5) D. 23, 3, l. 60 y 61.
(6) Machclard, *De las oblig. nat. en der. rom.*, p. 241 y 264.—Demangeat, I, p. 410 y 411.

realmente así, la incapacidad de los menores púberos con un curador sería la misma que la de los impúberos, y no se explicaría por qué los unos reciben un curador llamado á dar un simple consentimiento, y los otros un tutor que interpone su autorización solemne (1), sería vacía de sentido la distinción entre esta tutela y esta curatela. Además, los textos son positivos (2). Una situación especial existe para los m nores emancipados por la consecución de la *venia ætatis*, lo que es posible, mediante un rescripto imperial, para los hombres de edad de veinte años y para las mujeres de dieciocho (3). Esta emancipación nada tiene de común con la de los hijos sujetos á pátria potestad; supone, al contrario, una persona *sui juris*. Tiene por efeceto asimilar los menores á los mayores, y por tanto, confetirles la misma capacidad de contratar (4); si no es para las enajenaciones de inmuebles; los menores emancipados quedan incapaces de concluir convenciones que impliquen la enajenación de sus inmuebles (5). Si la convención tiene simplemente por objeto tal enajenación sin implicarla, es válida (6), salvo la incapacidad de efectuar la tradición antes de la mayor edad (7) y la posibilidad de la restitución entera (8). Cuando, en virtud de las reglas mencionadas, los impuberos salidos de la infancia, los débiles de espíritu ó pródigos en in-

(1) Van-Weter, *Cours elem. de droit rom.*, II, § 618, II, § 628 2°.

(2) D. 45, 1, l. 101; *Id.* eod. l. 141. § 2; *Id.* 44, 7, l. 43; Maynz, III § 356.

(3) C. 2, 44, l. 2 initio y § 1.

(4) C. eod. l. 1.

(5) C. eod. l. 3.

(6) Arg. C. 2, 21, l. 3.

(7) C. 2, 44, l. 3.

(8) Arg. l. 3 cit; C. 2, 21, l. 3; *Id.* 5, 71, l. 11, § 1.—Art. 595 del Cód. Civ. cit., que derogó la ley de 8 de Enero de 1870.—Sent. del juzgado 2° de lo civil de México, de 25 de Noviembre de 1884 y de Agosto de 1885 (*El Foro.* Tom. 23, núm. 111 y Tom, XXV, núm. 11).

terdicción, y los menores púberos son afectados de una incapacidad de contratar, la convención debe ser concluida por su padre si están bajo su potestad (1), por su tutor (2) ó curador (3), si son *sui iuris*. O bien todavía deben contratar ellos mismos con la autorización de su tutor (4), ó el consentimiento de su curador (5). En razón de la unidad de persona en la familia romana, el hijo sujeto á patria potestad no podía contratar con la autorización (6) ó el consentimiento (7) de su su padre, porque no se autoriza á sí mismo, no se consiente en los propios actos. Si se trata de incapaces *sui juris* y la convención implica una enajenación, debe además ser autorizada por un decreto de Magistrado después de una investigación (8). Sin embargo, cuando el incapaz ha contratado, solo, la convención no es inexistente, porque ha sido concluida por una voluntad, es simplemente afectada de ineficacia (9). Además, no lo es sino en favor del incapaz; el contratante no puede prevalerse de la ineficacia, puesto que á su respecto la convención no encierra ningún vicio; en lo que le concierne, es perfectamente regular (10). Si, pues,

(1) Arg. C. 6, 30, l. 18.
(2) D. 26, 7, l. 9.
(3) Arg. C. 5, 37, l. 1.
(4) *Inst.* 1, 21.
(5) Arg. C. 3, 21, l. 3.
(6) *Inst.* 3, 19, § 10; D. 45, 1, l. 141, § 2.
(7) Arg. de los mismos textos; C. 6, 30, l, 18, § 4; *Id.* 6, 61, l. 8, § 1. —Ortolan, III, núm. 1356 y nota 1.
(8) D. 27, 9, l. 1, § 1 y 2, C. 5, 71, l. 4 y 7; C. 5, 37, l. 22, § 1.
(9) Arg. *Inst.* 1, 21; D. 19, 1, l. 13, § 29; C. 21, l. 3.—Art. 424 del Cód. Civ. cit.—Partida 6, tít. 19, l. 2 y 6; *Id.* 3a., tít. 14, l. 4; *Id* 4, tít. 12, l. 2.—Sent. de la Excma. 3 Sala de la S. Corte de Justicia de México, de 6 de Septiembre de 1858 (*Gacet. de Trib.*, Tom. 1 pág. 609) de la 2a. íd. de la íd., de 1857 [Id., Id., Tom. íd., pág. 608]; del juzgado 5º de lo civil, de 30 de Junio de 1854 [Id., Id., Tom. 2, pág. 134].
(10) *Inst.* 1, 21; D. 19, 1, l. 13, § 29.

el padre de familia, el tutor ó el curador del incapaz juzgue conveniente no invocar el vicio de la convención y exige su ejecución contra el cocontratante, éste está plenamente obligado (1). Pero es claro que no lo está sino según el derecho común de las convenciones. Particularmente si, con ocasión de un contrato bilateral, el incapaz quiere, con la autorización de su tutor ó el consentimiento de su curador, mantener una convención ventajosa, debe, antes de exigir la ejecución de las obligaciones de la parte adversa, cumplir las suyas propias, porque de lo contrario, sería rechazado por una excepción de dolo (2). Puede caracterizarse esta ineficacia de la convención para el incapaz solamente diciendo que ella está herida de una nulidad relativa, ó bien, para emplear la expresión de los antiguos romanistas, que hay un *contractus claudicans*. Si nuestras fuentes no emplean términos equivalentes, la cosa se encuentra en ellas (3). Hay más: siendo absolutamente ineficaz respecto del incapaz, la convención no produce menos á su cargo una obligación natural limitada, cuyos efectos han sido indicados precedentemente; estos efectos se hacen posibles por la existencia de la conversión (4).

3. A estas incapacidades de contratar se añaden algunas que, siendo puramente civiles, no impiden sino la formación de una obligación civil; pero no la de una obligación natural fundada sobre el derecho de gentes y que produzca efectos muy extensos. Son las incapacidades de los esclavos y de las personas unidas por el

---

(1) *Inst.* 1, 21; D. 19, 1, l. 13, § 29.

(2) D. 18, 5, l. 7, § 1.—Art. 1434 del Cód. Civ. cit.

(3) Savigny, III, § 108, I; Maynz, III, § 346. *Contra*: Vangeron, I, § 279.

(4) V. *supra*, § 47, II, 3°.

poder paterno. Hemos hablado de ella detalladamente en la teoría de las obligaciones naturales, á la cual nos referimos (1). Hay también incapacidades especiales á ciertas convenciones; no puede tratarse de ellas sino á propósito de estas convenciones (2).

B)—DE LAS PRESTACIONES SUSCEPTIBLES DE SER EL OBJETO DE UNA CONVENCIÓN.

§ 88.—*Generalidades.*

Para poder ser el objeto de una convención, la prestación debe reunir tres caracteres:

1. Debe presentar interés para el estipulante; no hay derecho sin interés (3). En efecto, los derechos han sido establecidos para permitir á los hombres desenvolver sus facultades (4); ahora bien, á falta de interés, este desenvolvimiento no existe y el derecho no tiene razón de ser. Sería aún inmoral restrinjir la libertad humana, con la mira de satisfacer los caprichos de otro *malitiis hominum non est indulgendum* (5) (§ 89).

2. La prestación debe ser suficientemente determinada (6), de lo contrario la convención carece del objeto real (7) y por tanto debe ser considerada como no verificada (§ 90).

3. La prestación debe ser posible. Si es imposible,

---

(1) *Supra*, § 47, II, 1° y 2.

(2) Incapacidad de las mujeres para ser fiadoras (*supra* § 37 y 38 bis). incapacidad de los peregrinos, de los sordomudos en cuanto á la estipulación (*supra*, § 77, 1°); incapacidad de los hijos bajo patria potestad para tomar dinero prestado (*infra*, § 147, IV).

(3) *Inst.* 3, 19, § 19; D. 45, 1, l. 95.

(4) *Inst.* 3, 19, § 19.

(5) D. 6, 1, l. 38.—Art. 1306, fr. II. del Cód. Civ. cit.

(6) D. 45, 1, l. 94. -Art. 1306, fr. III del Cód. Civ. cit.

(7) L. 94 cit.

la convención carece todavía de objeto. De aquí la regla de que á lo imposible nadie está obligado, *impossibilium nulla est obligatio* (1) (§91).

Por lo demás, la prestación puede consistir en la entrega de una cosa corpórea ó en un hecho del hombre, positivo ó negativo (2).

§ 89.—*Del interés que debe presentar la prestación.*

1. Es preciso partir del principio frecuentemente desconocido sobre que el interés del estipulante puede ser de cualquiera naturaleza. No es necesario que sea pecuniario, es decir, estable en dinero; uno moral, un interés no susceptible de estimación pecuniaria, puede servir de base á una convención. En efecto, en el caso de un simple interés moral, la voluntad de las partes es que el deudor que no cumple su obligación, sea condenado á una *pena*, que el Juez fijará equitativamente según las circunstancias. No es imposible esta fijación, á pesar de las dificultades que ofrece. El juez debe atender al monto de las estipulaciones penales que ordinariamente se celebran en hipótesis idénticas ó análogas. O bien, cuando la estipulación basada en un interés moral forma lo accesorio de otra convención, tal como la venta, podrá estimar la pena, comparando el valor de la cosa vendida y el precio principal de venta; la diferencia dará el monto de la pena que las partes hubieran tenido en mira (3). Examinemos ahora las diferentes fases del interés moral. Desde luego citaremos el interés de placer, porque es el menos cuestionable. Es permitido estipular una servidumbre de vista, una *servitus*

(1) D 50, 17, l. 185.—Art. 1305 del Cód. Civ. cit.

(2) *Inst.* 3, 15, § 7; D. 45, 1, l. 2.—Arts. 1423 y 1429 del Cód. Civ. cit.

(3) D. 18, 7, l. 6, § 1.

ne prospectui officiatur, que prohiba al vecino dañar por una obra cualquiera la vista de que gozamos en las propiedades vecinas (1), aunque esta vista sea de puro placer. Del mismo modo el *pactum de non alienando* es válido sobre el fundamento de un interés de placer, cuando tiene por objeto evitar la vecindad de determinadas personas (2). Nada impide tampoco concluir una sociedad con un objeto de placer, para gozar de un caballo en común, para la caza, etc. (3). El interés moral comprende también el interés de afección (4). El dueño de un esclavo puede, al venderlo, estipular válidamente que será manutido por el comprador (5), que no será exportado (6), etc. (7). El interés moral puede ser también de naturaleza científica, literaria ó artística; la sociedad nos suministra ejemplos de esto; el objeto social puede ser científico, literario ó artístico; bastará citar las sociedades de lectura (8). El interés religioso constituye otra variedad del interés moral (9).

2. Pero, á falta de cualquier interés pecuniario ó moral para el estipulante, la convención de las partes es de ningún valor. Tal es el caso en que se hubiera estipulado que alguno no labraría su fundo no habitaría su casa (10). Por el mismo motivo el *pactum de non alienando* deberá ser considerado frecuentemente como no ve-

---

(1) D. 8, 2, l. 3 y 15; *Id.* 43, 20, l. 3.
(2) C. 4, 51, l. 7; *Id.* 4, 54, l. 9, § 1.—Art. 1428 del Cód. Civ. cit.
(3) D. 17, 2. l. 52, § 13.—V. *infra*, § 153, 3°.
(4) D. 17, 1, l. 54.
(5) D. 17, 1, l. 54; C. 4, 36, l. único. § 2; D. 18, 7, l. 7; Thering,
(6) D. 18, 7, l. 7.
(7) D. 18, 7. l. 6.
(8) V. *infra*, § 153, 3°.
(9) D. 45, 1, l. 38, § 25; Thering, § 12; D. 21, 2, l. 71; *Id.* 18, 7, l, 6, § 1; Pothier, *Pand.*, 18, 7, núm. 6; D. 4, 4, l. 35; *Id.* 38, 2, l. 36; *Id.* 43, 24, l. 16, § 1.
(10) Arg. D. 2, 14, l. 61.

rificado (1), y no es posible estipular el provecho de un tercero (2). Sin embargo, se estipula válidamente una pena para el caso en que la prestación desprovista de interés no recibiera su ejecución, porque se tiene interés en el pago de la pena (3); de esta manera el promitente es obligado indirectamente á respetar la convendión inútil.

§ 90.—*De la determinacibn de la prestacibn.*

La prestación, objeto de la convención, debe ser determinada suficientemente. ¿En qué sentido debe serlo? Es ésta ante todo una cuestión de hecho, cuya solución varía según las circunstancias.

I.—La única regla general que pueda establecerse, es que no debe estar en poder del promitente hacer ilusoria su promesa, á consecuencia de su indeterminación (4). Según esto, si la convención tiene por objeto una cosa corpórea, es necesario al menos que sea determinada en cuanto á su género; no se puede prometer un animal en general, de lo contrario, dependería del promitente hacer una prestación irrisoria. Pero la sola determinación del género de la cosa no es siempre suficiente. Nos contentamos con ella cuando la variedad de los individuos del género no impide determinar un individuo de valor medio, porque el deudor de un género debe precisamente dar en pago un individuo semejante (5), así es cómo se puede prometer un esclavo (6), un

(1) G. 61 cit. Mainz. II, § 249, 6° y nota 46. Art. 1428 cit. D. 2, 14, l. 61, *Id.* 11, 7, l. 11 initio.

(2) *Inst.* 3, 19, § 19. *Infra* § 111, II initio y B.

(3 *Supra* § 19. D. 11, 7, l. 11. Art. 1311 del Cód. civ. cit.

[4] Arg. D. 45, 1 l. 108, § 1. Art. 1306, fr. III, 1436, 1437 del Cód Civ. cit.

[5] *Supra* § 42, 3° initio.

[6] D. 45, 1, l. 54. Art. 1438 del Cód. Civ. cit.

caballo ó un buey, sin ninguna designación particular. Al ladó de estos géneros hay otros que comprenden una variedad tan grande de individuos que es imposible determinar un individuo de valor medio; tales son los géneros, "fundos de tierra" y "casa;" el valor de un fundo de tierra ó de una casa dependen á la vez de lo que contiene, de su calidad y de su situación. No se puede, pues prometer, un fundo de tierra en general (1) ó una casa en general. Para que la promesa sea válida, es necesario una designación especial; se prometerá válidamente un fundo de tierra de tal calidad y que contiene tal cosa y que está situado en tal localidad (2), una casa habitación que conviene al estipulante. En cuanto á las cosas fungibles, como el dinero acuñado, el trigo, el vino, el aceite, á la verdad tienen un valor bastante uniforme (3); pero se determinan esencialmente por la cantidad; así dicen los jurisconsultos romanos: *pondere, numero vel mensura constant;* hasta entonces son indeterminadas. Por consiguiente, la promesa de semejantes cosas debe recaer sobre una cantidad fija, sobre 1,000 sestercios, 100 medidas de trigo, de vino ó de aceite, y no sobre dinero acuñado, trigo, vino, aceite en general, de otra manera estaría en el poder del promitente librarse dando en pago un has, un grano de trigo, una gota de vino ó de aceite, lo que produciría un resultado irrisorio (4). De aquí la nulidad de la promesa de un salario indeterminado (5) ó de una dote indeterminada (6). Quedan los hechos del hombre, que

(1) D. cod. l. 115, *Id.* 23, 3, l. 60, § 4, *Id.* 45, 1, l. 75, § 1.

(2) *Non obstat.* D. 45, 1, l. 115; *Id.* 23, 3, l. 69, § 4.

(3) *Supra.* § 42, 3° Arg. arts. 2819, 2861 del Cód. Civ. cit.

(4) D. 45, 1, l. 94 y 115.

(5) C. 4, 35, l. 17.

(6) C. 5, 11, l, 1, V. *infra,* II, initio en este §—Art. 2133, fr. III, del Cód. Civ. cit.

también son susceptibles de constituir el objeto de una convención. Aquí sobre todo, para saber si la prestación está suficientemente determinada, será preciso consultar cada caso particular. Sucederá frecuentemente que el hecho del hombre no adquirirá un carácter preciso sino por la designación del lugar ó del tiempo en que el hecho debiera ser ejecutado; entonces, este lugar ó este tiempo debe ser indicado en la convención, so pena de nulidad de la misma. Particularmente no se puede prometer la edificación de una casa sin designar el lugar (1), ni, en general, presentarse ante los tribunales sin fijar el día (2).

II.—Pero no es necesario que el contrato mismo haga la determinación en que acabamos de ocuparnos. Basta que contenga los elementos de determinación suficientes para llegar á determinar como debe ser la prestación. Es permitido vender una cosa "por el precio que nos ha costado (3)," "por el dinero que se encuentra actualmente en la caja del comprador, (4)" ó bien "por el precio que fije A" (5). Del mismo modo se promete válidamente trigo, vino, alimentos "para las necesidades de una familia" sin ninguna otra indicación; en efecto, es posible determinar la cantidad de trigo ó de vino necesaria para el consumo de una familia, la suma de dinero que debe costar su sostenimiento; esta determinación se hará atentos el número de los miembros de la familia y su condición (6). En fin, si la pro-

---

(1) D. 13, 4, l. 2, § 5; *Id.* 45, 1, l. 95 y 115.

(2) D. 45, 1, l. 115.

(3) D. 18, 1, l. 7, § 1.—Arts. 2813, 2814 del Cód. Civ. cit.

(4) *Id. Id.*

(5) Algunos jurisconsultos romanos negaban la validez de esta venta Gayo, III, 140. Justiniano se decidió por su validez. C. 4 38, l. 15, *Inst.* 3, 23, § 1. D. 18, 1, l. 7, § 2.

(6) Arg. D. 34, 1, l. 10, § 2.

mesa de una dote indeterminada es nula en principio (1), se hace sin embargo válida cuando proviene de un padre en favor de su hija, porque entonces la cualidad del constituyente da un elemento de determinación; la importancia de la dote podrá ser fijada según la fortuna del constituyente y el número de sus hijos; es la proporción normal de la dote (2). Cuando el contrato, en vez de determinar él mismo la prestación, se limita á dar elementos de determinación; afecta un carácter condicional; es hecho bajo la condición de que por medio de estos elementos se logre fijar la prestación (3). Si, pues no se llega á ello, el contrato es nulo; uno de los contratantes no puede exigir que se determine la prestación de otra manera. En efecto, la condición bajo la cual se ha contratado, falta y en el contrato hace la ley de las partes (4). Se sigue de esto que la venta hecha "por el precio á que el vendedor ha comprado la cosa" ó "por el dinero que encierra la caja del comprador" se considerará como no verificada si el vendedor ha adquirido la cosa á título gratuito (5) ó si la caja del comprador no encierra numerario. Examinemos ahora de una manera especial el caso en que las partes han convenido en que la prestación impuesta á una de ellas será fijada por un árbitro.

1.--El árbitro debe ser un tercero; no se puede convenir en que la prestación será fijada por uno de los contratantes, *quanti aestimaverim* (6). En efecto, en la última hipótesis, no hay verdaderamente acuerdo de las partes sobre la prestación; la voluntad actual de con-

---

(1) *Supra* en este § núm. 1.
(2) D. 23, 3, l. 69, § 4.
(3) C. 4. 38, l. 15 § 1. D. 18, 1, l. 37.
(4) L. 15 § 2 cit.--Art. 2815 del Cód. Civ. cit.
(5) D. 18, 1, l. 37.
(6) D. 18, 1, l. 35 § 1. C. 4, 38, l. 13 —Art. 2813 del Cód. Civ. cit.

tratar falta (1). La sociedad y la constitución de dote derogan la regla; los socios pueden convenir en que uno de ellos fijará las partes sociales (2), y el padre que constituye una dote en favor de su hija, puede reservarse el derecho de determinar su monto (3); en ambos casos hay lugar á un *viri boni arbitrium*. Estas excepciones se explican por el lazo de fraternidad que existe entre los socios (4), y por el favor de que goza la dotación de la hija. Además, el árbitro debe ser designado por el contrato: no basta referirse á él de una manera general, como si se dice el arbitraje de un tercero sin designación de persona (5). La razón es que á falta de esta designación, cada parte queda libre de rechazar todos los árbitros que pudiera proponer la otra; no hay pues lazo obligatorio. Sin embargo, sería válido el contrato si la intención de las partes era tomar eventualmente por árbitro al juez de la causa (6). Y es preciso detenerse en un tal arbitraje cuando una de las partes hace la prestación que le incumbe y el contratante rehusa proceder al nombramiento de un árbitro; por ejemplo, algunas personas se han asociado en las partes que fije un árbitro no designado, y la sociedad ha funcionado de hecho. Es cierto aquí que la obligación de hacer determinada prestación existe; se trata solamente de determinar su monto; se ha formado un contrato real inominado, que da lugar á la acción *præ scriptis verbis* (7)

---

(1) Arg. l. 35, § 1 cit. y l. 13 cit. Arg. D. 17, 2, l. 6 y C. 5, 11, l. 3.—V. *infra* el núm. 2° de este §—Molitor, I, núm. 393.—Maynz, II, § B. 209.

(2) D. 17, 2, l. 6.

(3) C. 5, 11, l. 3. D. 23, 3, l. 69, § 4.

(4) D. 17, 2, l. 63.

(5) D. 19, 2, l. 25.

(6) Arg. D. 20, 1, l. 16, § 9.—Maynz. II, § 209, nota 27.

(7) Arg. *Inst.* 3, 24, § 1. D. 19, 5, l. 22.—Molitor, I, núm. 397.—Maynz, II, § 226 y nota 25.

2.— El contrato que nombra un árbitro para fijar la prestación de una de las partes, es condicional; se concluye bajo la siguiente condición: "si el árbitro designado fija la prestación," *si Titius rem æstimaverit* (1). De aquí la consecuencia de que si el árbitro designado no quiere fijar la prestación ó si no puede fijarla por causa de muerte, de ausencia ó de enagenación mental, se reputa el contrato como no verificado; uno de los contratantes no tiene derecho de exigir el nombramiento de un nuevo árbitro, de común acuerdo ó judicialmente. En efecto, falta la condición bajo la cual las partes han contratado. Y no se objete que, á pesar de la designación de una persona determinada, las partes no han tenido en mira sino un arbitraje equitativo, un *boni viri arbitrium*. La verdad es que han puesto su confianza en un tercero determinado y nada prueba que á falta de éste hayan querido referirse al arreglo por medio de otra persona (2). Si al contrario el árbitro designado fija la prestación, se concluye el contrato conforme á su arbitraje, porque se ha realizado la condición del contrato; ninguna de las partes puede reclamar lesión por su parte (3). Pero cesa la regla cuando el arbitraje se ha verificado de mala fe; en este caso la parte lesionada puede pedir la rescisión, fundada en el dolo del árbitro (4). En otros términos, se debe admitir que las partes han tenido en mira un *boni viri arbitrium* del ter-

(1) *Inst.* 3, 23, § 1. *Id.* 3, 24, § 1. D. 19, 2, l. 25. C. 4, 38, l. 15.

(2) *Inst.* 3, 23, § 1. *Id.* 3, 24 § 1. D. 17, 2, l. 75. *Id.* 19, 2, l. 25. C. 4, 38, l. 15, § 1 y 3. Molitor, I. núm. 393.—Véase sin embargo D. 19, 5, l. 22. Maynz, II, § 226, nota 25.—Art. 2815 del Cód. Civ. cit.

(3) Este punto era controvertido entre los jurisconsultos romanos. Gayo; III, 140. Justiniano cortó la cuestión en el sentido indicado. *Inst.* 3, 23, § 1, *Id.* 3, 24, § 1. D. 19, 2, l. 25; C, 4, 38, l. § 1 y 3.—Art. 2814 del Cód. Civ. cit.

(4) D. 17, 2, l. 79.

cero designado. En efecto, es cierto que una sentencia arbitral dolosamente dictada por el árbitro no obliga á las partes compromitentes (1) y este principio debe ser extendido por analogía en nuestro caso (2). Además, el derecho de hacer rescindir un arbitraje infectado de dolo es constante cuando se trata de la fijación de las partes sociales (3) y no existe ningún motivo para no generalizar este derecho (4). La estimación del tercero no liga á las partes de una manera absoluta sino cuando resulta del contrato ó de las circunstancias que se han referido á la voluntad pura y simple, al *merum arbitrium* del tercero; aquí cada una de ellas se ha obligado de antemano á aceptar cualquier arbitraje. Sin embargo, muchos autores enseñan que, fuera de este caso, el arbitraje del tercero liga también absolutamente á los contratantes: sólo los socios podrían hacer rescindir un arbitraje sobre las partes sociales, que fuera de una iniquidad manifiesta (5).

§ 91.—*De la posibilidad de la prestación.*

La imposibilidad de una prestación puede ser física ó jurídica.

I.—Una prestación es físicamente imposible cuando es contraria á las leyes de la naturaleza (6); la convención que tiene por objeto semejante prestación, carece de objeto real. Así:

1.—No se puede estipular una cosa que no existe ac-

---

(1) C. 2, 55, l. 3.
(2) D. 17, 2, l. 76 y 78.
(3) D. 17, 2, l. 76 y 80.
(4) D. 50, 17, l. 22, § 1. *Id.* 19, 2, l. 24 *Id.* 17, 2, l. 76, 77, 78 y 79.
(5) Vangeron, III, § 632. —Molitor, I, núm. 394 y II, núm. 638.—Maynz, II, § 209, B y nota 28, § 226, 4.º
(6) D. 45, 1, l. 35.—Art. 1305 del Cód. Civ. cit.

tualmente ni es susceptible de llegar á existir (1). Es claro que la estipulación puede tener por objeto cosas futuras susceptibles de existir, tales como la cosecha que ha de recogerse el año próximo en un fundo de tierra (2). Es también posible estipular la simple esperanza de ver existir cosas futuras; esta estipulación tiene por objeto una cosa incorpórea, el asar ó el *alea* (3). La estipulación tendrá por objeto una cosa que no existe actualmente ni es susceptible de existencia futura, cuando la cosa estipulada ha perecido en el momento del contrato; por ejemplo, se ha comprado un caballo muerto, una casa incendiada (4), etc. (5). En lo que concierne especialmente al incendio de la casa estipulada, es de notar que el contrato es nulo, aunque el terreno subsista; á pesar de esta circunstancia, hay pérdida total de la cosa estipulada y no solamente pérdida parcial, porque era la casa lo que hacía el objeto del contrato; era ella y no el terreno lo que se quería adquirir, y ella ha perecido completamente (6). Sucedería del mismo modo si se hubiera estipulado un terreno en consideración á las plantaciones que en él se encontraban, cuando éstas hubieran perecido en el momento del contrato (7). Desde el punto de vista de la validez de la convención, es por lo demás indiferente que las partes hayan conocido ó ignorado la pérdida de la cosa en el momento en que han contratado; un contrato sin objeto no se comprende absolutamente, y la buena ó mala fe de

---

(1) Gayo, III, 97. *Inst.* 3, 19, § 1, D. 18, 1, l. 15 y 57.

(2) D. 18, 1, l. 8.

(3) L. 8, § 1 V. *infra*, § 115, II, B. C. 8, 37, l. 8. D. 45, 1, l. 20.

(4) Gayo, III, 97. *Inst.* 3, 19, § 1. D. 44, 7, l. 1 § 9; *Id.* 45, 1, l. 83 § 7. —Art. 2835 del Cód. Civ. cit.

(5) *Inst.* 3, 19, § 1.

(6) D. 18, 1, l. 57.—Art. 2836 del Cód. Civ. cit.

[7] D. 18, 1, l. 58.

las partes es impotente para darle existencia (1). Sólo con respecto á los daños y perjuicios hay lugar á inquirir la buena fe de las partes. Si uno de los contratantes ha engañado al otro con respecto á la pérdida de la cosa, le deberá daños y perjuicios. Para obtenerlos, la parte engañada dispone de la acción que nace del contrato, si este es de buena fe, por ejemplo de la *actio empti* (2) ó de la *actio venditi;* y en este sentido se reputa que el contrato existe á efecto de excluir la acción de dolo que importaba la infamia para el demandado condenado. Si se trata de un contrato de derecho extricto, hay lugar á la *actio doli* (3). Pero ¿qué decidir si una parte solamente de la cosa ha perecido en el momento del contrato? Entonces la cuestión de buena ó mala fe de los contratantes adquiere grande importancia. Cuatro casos pueden presentarse. Con un objeto de claridad y á título de ejemplo, nos vamos á referir al contrato de venta (4).

a). El vendedor y el comprador ignoraban la pérdida parcial de la cosa. Es preciso ver si la pérdida afecta ó no á la mayor parte de la cosa. En la primera hipótesis, el comprador puede ó bien desistirse de la venta, ó bien mantenerla, reclamando una diminución proporcionada del precio. Es racional esta opción acordada al comprador. Si éste había conocido al tiempo del contrato, la pérdida de la mayor parte de la cosa, ó no hubiera contratado absolutamente, ó hubiera comprado cuando menos la pérdida restante de la cosa; pero mediante una reducción proporcional del precio. Desde entonces, si él ha concluído la venta por error y no ha conocido la verdad sino más tarde, debe ser autoriza-

[1] D. 18, 1, l. 57. V. *infra* § 94, II, 2°.

[2] Arg. *Inst.* 3, 23, § 5.

[3] Arg. D. 4, 3, l. 7, § 3.

[4] Art. 2836 del Cód. Civ. cit.

do igualmente para tomar uno de esos dos partidos. Pero cuando la parte que ha perecido no representa sino la mitad de la cosa ó menos de la mitad, el comprador debe en general contentarse con una diminución proporcionada del precio, porque más frecuentemente, si él hubiera conocido tal pérdida, esta circunstancia no le hubiera impedido comprar la cosa mediante una reducción proporcional del precio (1). Sin embargo, esta regla no debe ser seguida de una manera absoluta, y el comprador podría desistirse del contrato, probando que absolutamente no hubiera contratado de haber conocido la pérdida parcial (2).

b). Sólo el vendedor tenía conocimiento de la pérdida parcial. Ha lugar á aplicar los principios generales sobre el dolo cometido con ocasión de las convenciones (3). Particularmente hay que preguntarse si el dolo del vendedor ha sido principal ó accesorio, si ha determinado al comprador á concluir un contrato que, sin las maniobras fraudulentas, no hubiera concluído en manera alguna, ó bien si lo ha determinado solamente á aceptar condiciones más onerosas. En el primer caso, el comprador puede optar por la rescisión del contrato; en el segundo, debe contentarse con los daños y perjuicios (4).

c). Sólo el comprador conocía la pérdida parcial. Aquí la venta produce todos sus efectos; el comprador no puede obrar ni para hacer rescindir el contrato, ni por daños y perjuicios ó por diminución del precio. La razón es que ha contratado con pleno conocimiento de

(1) D. 18, 1, l. 57.

(2) El D. 18, 1, l. 57 no hace sino establecer la regla general; no es contrario al temperamento indicado.—Mayns, II, § 201, nota 9.

(3) V. *Infra*, § 94, II, 1.°, art. 1296, fs. II y III, y 2875 del Cód. Civ. cit.

(4) D. 18, 1, l. 57. § 1.

causa; al comprar la cosa al precio convenido, ha debido tomar en consideración la pérdida parcial; no ha pagado sino la porción restante de la cosa, y por consiguiente no hay ningún motivo para que se le proteja (1).

d). El vendedor y el comprador conocían la pérdida parcial. Habrá que conformarse con las reglas generales sobre el dolo recíproco en materia de convenciones (2). Ninguna de las partes podrá, pues, demandar, ni la ejecución del contrato, ni su rescisión, daños y perjuicios ó diminución del precio; no podrá ni aun repetir lo que ha pagado. Todas estas reclamaciones son rechazadas por la excepción de dolo, que no admite réplica de dolo, porque el del demandante no encuentra excusa en las maniobras fraudulentas de que su cocontratante se ha hecho culpable por su lado. En cualquiera hipótesis se mantiene el *statu quo* (3).

Se seguirán las mismas reglas en todos los demás contratos bilaterales. En cuanto á los contratos unilaterales, es claro que la pérdida parcial de la cosa estipulada no impide nunca la validez del contrato por la parte restante de la cosa, porque el estipulante tiene siempre interés en recibir esa parte restante más bien que nada (4). El estipulante engañado por el promitente respecto de la pérdida parcial, tiene además derecho á daños y perjuicios (5).

2. No se puede tampoco estipular la cosa propia (6), ni con respecto á ella un derecho cualquiera, real ó de

---

(1) D. 18, 1, l. 57, § 2.
(2) V. *infra*. § 04, II, 2.°
(3) D. 18, 1, l. 57, § 3.
[4] Arg. D. 45, 1, l. 22.
[5] Arg. l. 22 cit.
[6] Cayo, III, 99.—D. 45, 1, l. 89.—*Inst.* 3, 19, § 22.—D. 45, 1, l. 87.

crédito (1). Es imposible adquirir una cosa de que se es ya propietario (2), ó adquirir relativamente á ella otro derecho, aunque no sea el de propiedad, porque siendo éste absoluto, comprende todos los derechos imaginables. Según esto, serán nulas las convenciones por las cuales alguno compra su propia cosa (3), la toma en arrendamiento (4), ó bien la recibe en comodato (5), en depósito (6), en hipoteca (7), á título precario (8), etc. Es preciso decir lo mismo cuando el estipulante haya ignorado ó conocido la condición de la cosa (9). Y la estipulación no se hace válida por sólo que el estipupulante cese de ser propietario de la cosa estipulada: la convención inexistente debe siempre permanecer tal, (10). Pero aquel que compra á sabiendas su propia cosa, quiere hacer donación del precio y desde este punto de vista existe una convención válida (11). El principio que prohibe estipular la propia cosa no admite sino excepciones aparentes:

a). El propietario de una cosa la estipula válidamente para el caso en que llegara á perder su propiedad (12). Puede también estipular bajo cualquiera otra condición; entonces la eficacia de la convención depende de saber si, en el momento del cumplimiento de la condi-

---

[1] D. 50, 17, l. 45.
[2] Gayo, III, 99.—*Inst.* 4. 6, § 14.
[3] D. 50, 17, l. 45.—Id 18, 1, l. 39.—C. 4, 38, l. 4 y 10.
[4] D. 50, 17, l. 45.
[5] D. 16, 3, l. 15.
[6] L. 15 cit.—D. 50, 17, l. 45.
[7] L. 45 cit.
[8] Id. id.
[9] D. 18, 1, l. 16.—*Non obstat* D. 44, 7, l. 1, § 10.
[10] Arg. D. 50, 17, l. 29.
[11] Arg. D. 18, 1, l. 16.
(12) Arg D. 18, 1, l. 61.

ción, el estipulante ha conservado ó perdido la propiedad de la cosa; si la ha perdido, la estipulación produce sus efectos (1). Bajo estos aspectos, la prestación contractual no encierra ninguna imposibilidad.

b). Por el mismo motivo, el propietario puede estipupular pura y simplemente cualesquiera derechos pertenecientes á terceros relativamente á su cosa. Desde luego, si un tercero tiene sobre la cosa un derecho real, ya una servidumbre personal ó predial, ya una enfiteusis ó una superficie, tiene el propietario facultad de estipular este derecho real (2). Del mismo modo se puede estipular la propia cosa, cuando no se tiene sino la propiedad revocable ó también cuando se puede ser obligado á restituirla á un tercero en virtud de una relación obligatoria (3). Cuando la cosa es poseída por un tercero, el propietario puede también estipular la posesión, con el objeto de evitar una revindicación y de disponer de los interdictos posesorios (4). Nada impide tampoco al propietario de una cosa que no tiene su uso estipular éste; por ejemplo, recibir su cosa en arrendamiento, en comodato ó á título precario, sea de un usufructuario, sea de un acreedor prendario (5). Mencionaremos también los numerosos contratos por los cuales el propietario de una cosa la entrega á su cocontratante, estipulando su restitución eventual (6). Pero, para que estas diferentes estipulaciones sean válidas, es preciso que el estipulante conozca su derecho de propiedad; si lo ignora, su estipulación no tiene por objeto

(1) L. 61 cit.—D. 45, 1, l. 98.
(2) D. 45, 1, l. 56, § 6.
[3] C. 4, 38, l. 4.
[4] D. 18, 1, l. 34, § 4.
[5] D. 41, 2, l. 28.—Id. 43, 26, l. 6, § 4.
(6) D 45, 1, l. 82.

derechos pertenecientes á terceros con respecto á su cosa; recae naturalmente sobre la cosa misma y por consiguiente tiende á una imposibilidad (1).

3. No se puede estipular en parte una prestación indivisible como la constitución de una servidumbre predial (2).

4. Es igualmente nula la promesa del hecho de un tercero. Este hecho no está en poder del promitente; no se puede prestar sino el hecho propio y no el hecho de un tercero (3).

He aquí otras tantas prestaciones contrarias á las leyes de la naturaleza. Pero una cosa, sin estar en oposición con las leyes naturales, puede ser sin embargo imposible para el promitente, estar encima de sus fuerzas personales. Esta última imposibilidad, que se llama relativa (*difficultas*), mientras que la primera es absoluta (*impedimentum naturale*), no vicia la convención; el promitente que no puede cumplir su obligación, está obligado á pagar daños y perjuicios (4). Este sistema es racional; el promitente debe imputarse á sí mismo haber contraído una obligación que excede á sus fuerzas y soportar las consecuencias de su culpa; el estipulante no debe sufrir por ello; ha debido contar con la ejecución de la promesa. Por ejemplo, alguno se compromete á hacer una entrega de mercancías en un plazo convenido y no ha llegado en este plazo á procurarse la cantidad de mercancías prometida (5). O bien alguno debía entregar mercancías á breve plazo en una ciudad lejana, y no ha podido, con los medios de trasporte de

(1) D. 41, 2, l. 28.
(2) D. 45, 1, l. 72.
(3) *Inst.* 3, 19, § 3 y 21.—D. 45, 1, l. 83.—V. *infra*, § 111. II y A.
(4) D. 45, 1, l. 137, § 5.
(5) L. 137, § 4. V. *supra*, § 18.

que disponía, llegar en tiempo útil al lugar convenido (1). O bien todavía alguno se ha obligado á ejecutarun trabajo que en razón de su inexperiencia no ha podido ejecutar ó terminar en el plazo convenido (2). Pero la aplicación más importante del principio de que la imposibilidad relativa al promitente no produce la nulidad de la convención, se refiere á la promesa de la cosa de otro. Se puede prometer la cosa de otro por cualquiera convención y particularmente por una estipulación (3), una venta (4), un arrendamiento (5), una donación (6); nada impide tampoco dar la cosa de otro en comodato (7), en depósito (8) ó en prenda (9); aun podría hacer el objeto de una convención de permuta. Los contratos que consisten en una dación, como el préstamo de consumo (10) y la permuta (11), son los únicos que fundamentan la excepción de la regla; la circunstancia de que la cosa pertenece á otro, hace imposible la da-

(1) L. 137, § 4 cit.

(2) Art. 1423 del Cód. civ, cit.

(3) D. 41, 3, l. 15, § 3.—Id. 45, 1, l. 137, § 4.

(4) D. 18, 1, l. 28.—Arts. 2830 á 2832 del Cód. civ. cit.—Partida 5, tít. 5, l. 19.—Fuero Real, lib. 3, tít. 10, l. 6.—Gregorio López, glosa á dicha ley de Partida.—Van Wetter, *Droit rom.*, tít. 2, § 373.—Ortolan, *Inst*, t. 2, sobre el lib. 3, tít. 23.—Febrero de Tapia, t. 3, núm. 6.—Sala nov. mex., t. 1, p. 443.—Alvarez, *Der. real.* t. 3, tít. 24, pág. 110.—Gómez, *Var. Resol.* lib. 2, cap. 2, núms. 8 y 42.—Covarrubias, *Var.* lib. 3, cap. 17. col. 2, vers. *Ad eam.*—Sent. del Juzgado 4º de lo civil de México, de 16 de Octubre de 1860, (Gacet. de Trib., tom. 2. pág. 801).

(5) D. 19, 2, l. 9.—C. 4, 65, l. 6.—Art. 2938 del Cód. civ. cit.

(6) D. 39. 5, l. 18, § 3.—Arts. 2594 y 2622 del Cód. civ. cit.

(7) D. 13, 6, l. 15 y 16.—Art. 2662 del Cód. civ. cit.

(8) D. 16, 3, l 31, § 1.—Art. 2551 del Cód. civ. cit.

(9) D. 13, 7, l. 9, § 4 y l. 22 § 2.—V. *infra* § 120 2º—Arts. 1785 y 1786 del Cód. civ. cit.—Sent. del Juzgado 4º Correccional de México, de 25 de Octubre de 1881 (*El Foro*, t. 17, núm. 93.)

(10) D. 12, 1, l. 2, § 4, y l. 16.

(11) D. 19, 4, l. 1, § 3.

ción que es una condición del contrato. El efecto de la promesa de la cosa de otro es obligar al promitente á procurarse esta cosa, tratando de ella con el propietario; para entregarla después al estipulante (1); si no llega á adquirirla, está obligado á los daños y perjuicios (2). Poco importa, por lo demás, en cuanto á la validez del contrato, que el promitente haya conocido ó ignorado la verdadera condición de la cosa. Esta teoría del Derecho Romano es inatacable. La convención por la cual se obliga á entregar la cosa de otro, tiene por objeto imponer al promitente la adquisición de esa cosa (3). Ahora bien, la adquisición de la cosa de otro no presenta ninguna imposibilidad, ni física, ni jurídica. Ciertamente, las leyes de la naturaleza no ponen obstáculo á ella. Sin duda es posible que el promitente no logre comprar la cosa, y en este caso le será imposible entregarla al estipulante. Pero esta imposibilidad es puramente relativa; no constituye, como dicen nuestras fuentes (4), sino una simple *difficultas*, y no un *impedimentum naturale;* ahora bien, es de principio que una imposibilidad simplemente personal del promitente no lo desliga de su obligación. En el caso él sabía ó debía saber que la cosa prometida no le pertenecía; debe imputarse así mismo haber contraído una obligación que era superior á sus fuerzas. No puede tampoco tratarse de una imposibilidad jurídica; la promesa de la cosa de otro no encierra nada de ilícito ni de in-

---

(1) O bien á determinar al propietario á darla directamente al acreedor.

(2) A menos que la promesa haya sido hecha á título gratuito y de buena fe.—V. *infra*, § 105, I. A.

(3) Esto es evidente si el promitente ha conocido la condición de la cosa. Si la ha ignorado, esta ignorancia le es imputable y no puede dañar al estipulante.

(4) D. 45, 1, l. 137, § 4.

moral; ¿qué de ilícito ó inmoral puede haber en comprometerse á comprar la cosa de otro, si el propietario consiente en venderla? En lo que concierne especialmente á la venta de la cosa de otro, se hacen esfuerzos frecuentemente para justificar ó excusar al Derecho Romano de una manera errónea. Esta venta, se dice, sería nula si el vendedor estuviese obligado á hacer propietario al comprador; pero debe solamente procurarle la pacífica posesión de la cosa, lo que puede hacer, sin ser propietario. Pero supongamos un instante que, según el Derecho Romano, la obligación del vendedor tuviera por objeto una translación de propiedad; todavía en esta hipótesis sería válida la venta de la cosa de otro, como la estipulación *dandi* de la cosa de otro (1), y cualquiera otra convención que tuviese por objeto la dación de una cosa semejante (2). La validez de la promesa de la cosa de otro no tiene excepción sino cuando se trata de una cosa robada y todavía solamente en tanto que el estipulante ó las dos partes han conocido la naturaleza furtiva de la cosa. Si las dos partes la han conocido, en razón de este dolo recíproco, la convención es afectada de ineficacia para ambos contratantes (3). Si solo el estipulante ha tenido conocimiento del robo, ha engañado al promitente y su acción sobre entrega de la cosa puede ser rechazada, por una excepción de dolo (4); sin embargo, cuando el promitente ha hecho expontáneamente la tradición, tiene derecho á la prestación recíproca de su contratante, por

(1) D. 41, 3, l. 15, § 3; *Id.* 45, 1, l. 137, § 4.

(2) Así todavía el legado de la cosa de otro es válido; no obstante la dación que tiene que hacer el heredero, á menos que el testador haya ignorado la condición de la cosa legada (*Inst.* 2, 20, § 4.—Arts. 3395 á 3398 del Cód. Civ. cit.

(3) D. 18, 1, l. 34, § 3.

(4) L. 34. § 3 cit.

ejemplo al precio de la venta (1). La promesa de la cosa robada produce todos sus efectos si solo el promitente ha conocido la condición de la cosa; su dolo no le dispensa de la obligación de entregarla ó de pagar los daños y perjuicios, como no le priva de su derecho al precio de venta después de la ejecución de sn obligación (2). Si el promitente y el estipulante eran de buena fe, el contrato es válido igualmente; el promitente debe imputarse asímismo haber prometido una cosa robada (3).

II—La prestación es jurídicamente imposible en dos circunstancias muy diterentes. Desde luego tiene este carácter cuando en virtud de una disposición de la ley, no puede efectuarse; tal es el caso en que se vende, ya una cosa fuera del comercio (4), ya una cosa en el comercio cuya enajenación prohibe la ley (5). En el caso, la prestación convenida es tan imposible como la de una cosa que ha perecido el día del contrato, importando poco que sea en razón de una disposición legal y no en razón de las leyes naturales; la convención carece absolutamente de objeto. Hay una imposibilidad jurídica en el sentido propio de la palabra. Después la prestación convenida es jurídicamente imposible cuando, aun siendo susceptible de efectuarse, es contraria á una ley de interés general (6) ó á las buenas costumbres

(1) L. 34, § 3 cit.

(2) L. 34, § 3 cit.

(3) Arg. L. 34, § 3.—Molitor, I, núm, 382.—Maynz, II, § 199 nota 20. —Arts. 2830 á 2832 del Cód. Civ. cit.

(4) *Inst.* 3, 19, § 2.—Art. 1306, fr. I, del Cód. Civ. cit.

(5) C. 8, 36, l. 5.

(6) D. 2, 14, l. 38; *Id.* 50, 17, l. 45. § 1; *Id.* 1, 1, l. 1, § 2; *Id.* 2, 14, l. 7, § 16; *Id.* eod. l. 27, § 4.—Pothier, *Pands.* 2, 14, núm. 56, nota d.—Cuyacio, *Observ.* 1, 24. D. 2, 14, l. 7, § 7; *Id*, 45, 1, l. 35, § 1. C. 1, 14, l. 5; *Id.* 2, 3, l. 6.—Arts. 615, 1279, 1306, fr. I, 2829, fr. III y 2835 del Cód. Civ. cit.

(1). La ley no podría sancionar convenciones que hieren, ya disposiciones tomadas en un interés general, ya las buenas costumbres, que son también de interés general. Semejantes convenciones, aunque posibles de hecho, no deben ejecutarse según el derecho; hay para ellas una imposibilidad jurídica en el sentido lato de la palabra. Tomemos un caso particular: Uno se compromete á cometer un delito (2); la prestación que constituye el objeto de esta convención, puede cumplirse de hecho; pero solamente á costa de una violación de la ley penal, y por tanto es contraria á la ley penal, que es de interés general. Sin embargo, para saber si la prestación convenida es contraria á una ley de interes general ó á las buenas costumbres, no basta considerar la prestación misma; se necesita también atender al objeto del contrato, es preciso investigar si tal objeto es ilícito ó inmoral; la promesa de pagar mil "si no se mata Ticio" es ilícita, porque tiende á hacer cometer un homicidio; es la condición "si no se mata á Ticio" que le imprime este carácter, y sin embargo la promesa de mil no encierra en sí misma nada de ilícito ni de inmoral (3). Según esto:

1.—Son nulas las convenciones que tienen por objeto una cosa fuera del comercio (4), sin que sea preciso examinar si las partes han conocido ó ignorado la condición de la cosa (5). Estas convenciones tienen por ob-

(1) D. 45, 1, l. 26; C. 2, 3, l. 6 y 30 § 3; D. 28, 7, l. 15.—Arts. 15, 1279, fr. III, 1280, 1306, fr. IV, 1671 y 1672 del Cód. Civ. cit.

(2) *Inst.* 3 19, § 24.

(3) D. 45, 1, l. 61.—Art. 1306, fr. IV del Cód. Civ. cit.

(4) Gayo, III, 97. *Inst.* 3, 19, § 2; *Id.* 3 23, § 5. D. 18, 1, l. 6 y 34, § 1 y 2. L. 73. D. 44, 7, l. 1, § 9; *Id.* 45, 1, l. 83. § 5; *Id.* 18, 1, l. 22 y 24; *Id.* 19, 1, l. 53, § 1.—Paulo, 2, 21, § 7.

(5) *Non obstat* D. 18, 1, l. 70, 4, 5; *Id.* 21, 2, l. 39, § 3 y C. 8, 44, l. 25, relativas solamente al recurso por daños y perjuicios del comprador contra el vendedor en el caso de buena fe del primero y de venta de una cosa fuera del comercio.

jeto una prestación jurídicamente imposible en la plena acepción de la palabra; no se podría adquirir un derecho respecto á una cosa fuera del comercio; la buena ó mala fe de las partes no puede cambiar nada á esta imposibilidad. Es preciso añadir que la convención relativa á una cosa fuera del comercio queda nula, aunque esa cosa entre más tarde en el comercio; la nada debe siempre permanecer la nada; no podría hacerse válida (1). ¿Es permitido estipular una cosa fuera del comercio para la eventualidad de que entrara en el comercio? El Derecho Romano se pronuncia por la negativa (2). Pero su sistema carece de fundamento racional. Según los principios generales del Derecho, debería ser válida la convención de que se trata, salvo el caso en que fuera inmoral estipular la vuelta de una cosa al comercio, como cuando se estipula un hombre libre para la hipótesis de que se haga esclavo (3). Los jurisconsultos Romanos han generalizado erróneamente la regla relativa á este caso especial. Si la convención que tiene por objeto una cosa fuera del comercio, es herida de nulidad, la parte que ha engañado á la otra con respecto á la naturaleza de la cosa, no está menos obligada á pagar los daños y perjuicios (4). E tá además, sometida por este capítulo á la acción que nace del contrato cuando éste es de buena fe, por ejemplo á la *actio empti* (5) ó á la *actio venditi*, y desde este punto de vista se reputa que exista el contrato, á fin de evitar la acción de dolo que produciría la infamia para el demandado condenado. No hay lugar á la *actio doli* sino con ocasión de los

(1) *Inst.* 3, 19, § 2; D. 45, 1, l. 83, § 5.—Art. 7 del Cód. Civ. cit.
(2) *Inst.* 3, 19, § 2; D. 18, 1, l. 34, § 2; *Id.* 45, 1, l. 83, § 5.
(3) D. 18, 1, l. 34, § 2; *Id.* 45, 1, l. 85, § 5.
(4) *Inst.* 3, 23, § 5; D. 18, 1, l. 62, § 1; Molitor, I, núm. 372.—Arts. 1421 y 1459 del Cód Civ. cit.
(5) Id. Id.

contratos de derecho extricto (1). ¿*Quid* si la cosa estipulada se encontraba en el comercio en la época de la convención; pero sale de él inmediatamente después, antes de que la convención haya sido ejecutada? (2) La convención deja de ser válida, no podría continnar teniendo por objeto una prestación hecha jurídicamente imposible; la ley no puede ya sancionarla (3). Pero el deudor que por su obra hubiera puesto la cosa debida fuera del comercio, estaría obligado á los daños y perjuicios, como si hubiera faltado á su obligación por su culpa (4). Es igualmente nula la convención relativa á una cosa colocada fuera del comercio particular del estipulante; tiene también por objeto una prestación jurídicamente imposible (5). Pero es válida la convención relaiiva á una cosa colocada fuera del comercio del promitente, la prestación de esta cosa no ofrece sino una imposibilidad personal del promitente, este debe, pues, pagar el valor de la cosa (6). Un funcionario provincial no podía comprar un inmueble situado en su provincia (7), mientras que podía vender un inmueble semejante.

2.—Son afectadas de nulidad las convenciones relativas á la adquisición de cosas que la ley prohibe enajenar. Así es cómo las cosas litigiosas, es decir, las que

---

(1) Arg. D. 4, 3, l. 7, § 3; D. 18, 4, l. 8 y 9; *Id.* 21, 2, l. 39, § 3; C. 8, 44, l. 25, D. 18, 1, l. 70, 4 y 5; Molitor, I; núm. 371; Maynz, II § 199, observ. I, notas 13 y 15 y § 173; observ. y nota 30.

(2) Si estaba ya ejecutada, es claro que la incomerciabilidad superviniente es un accidente que hiere al adquirente (Arg. 21, 2, l. 11).

(3) *Inst.* 3, 19, § 2; D. 45, 1, l. 83, § 5.

(4) Arg. de los textos anteriores. Analog.—Arts. 1430, 1431, 1441, 1442, 144", 1444, 1446, 1447, 2851 á 2854 del Cód. Civ. cit.

(5) *Inst.* 3, 19, § 2; D. 20, 3, l. 1, § 2; *Id.* 45, 1, l. 34.

(6) L. 34, cit.

[7] D. 18, 1, l. 62; *Id.* 49, 16, l. 9; *Id.* 1, 16, l. 6, § 3.—Arts. 1622 y 2841 del Cód. Civ. cit.

forman el objeto de una acción que ha llegado á la *litis contestatio*, son inalienables para las partes litigantes (1); el marido no puede enajenar los inmuebles dotales (2), etc. Estas convenciones tienen por objeto una prestación cuya imposibilidad jurídica es manifiesta. Pero aquí todavía el estipulante dispone de una acción por daños y perjuicios contra el promitente culpable do dolo, y particularmente de la acción que nace del contrato de buena fe ó de la *actio doli* si se trata de un contrato de derecho extricto (3).

3.—Están prohibidas las convenciones que tienen por objeto hacer cometer un delito; son directamente contrarias á la ley que castiga este delito en un interés general. Por ejemplo, alguno se compromete á matar ó á injuriar á un tercero (4), ó bien varias personas se asocian con la mira de cometer delitos, tales como el robo ó la fabricación de moneda falsa; no hay sociedad de delitos; *delictorum nulla est societas* (5).

4. No es permitido estipular que no se responderá,

---

[1] C. 8, 36, l. 2 y 5; D. 20, 3, l. 1, § 2; Gayo, IV, 117; Fuero Juzgo. l. 5, tít. 4, l. 10 y 21.—Partida 3, tít. 7, l. 13 y 14.—*Contra*; Art. 2834 del Cód. Civ. cit.

[2] *Inst.* 2, 8; D. 41, 3, l. 42.—Arts. 2148 á 2155 y 2829, fr. II, del Cód. Civ. cit.

[3] C 5, 71, l. 9; Molitor I, núm. 371.

(4) *Inst.* 3, 19, § 24.—*Id.* 3, 26, § 7.—D. 45, 1, l. 26 y 123.—Arts. 1279, fr. III, 1280 y 1306, fr. IV del Cód. civ. cit.—Partida 5ª, tit. 11, l. 28.

(5) D. 17, 2, l. 57.—*Id.* 27, 3, l. 1, § 14.—*Id.* 46, 1, l. 70, § 5.—*Id.* 17, 2, l. 3, § 3.—Arts. 2220, 2222 y 2223 del Cód. civ. cit.—Doneau, *Coment.* lib. 13, cap. 15, núm. 2.—Cobarruvias. *Com.* lib. 7, Cap. 13.—Vigel, *Juic. civ*, lib. 19, cap. 10 y 11.—Ricio, part 6, *collet.* 2121.—Molina, *de just. et de jure*, trat. 2, disput. 4, 10 y sigs.—Araujo, *de statu civil* disp. 1, quæts. 5. —Giurba. *ad consuetud.* cap. 7, glos. 6. núm. 13, y cap. 8, glos. 3, núm. 1, —Soto, *de just. et de jure*, lib. 6, quæst. 6.—Ciryaco, *Controv.* 238.—Febrero de García Gollena, lib. 2, tít. 43 —Febrero de Pazcua, lib. 2, tít. 4. cap. 11, núm. 8.—Nuevo Febrero mexicano, lib. 2, tít. 30, cap. 1 y 2.—Magro y Beleña, *Elucidat.* lib. 3, tít. 26.—Serna y Montalván, lib. 4, tit. 9. —Sala, *Ilustración al Der. real*, lib. 2, tít. 15.

ya de un delito tal como un robo (1), ya de un dolo (2), del que podría serse culpable más tarde. Esta estipulación es inmoral, porque favorece el delito, el dolo, asegurando su impunidad (3). Pero, después de que el delito ó el dolo se ha cometido, se estipula válidamente que no se deberá nada por este motivo (4); no hay entonces sino una simple renuncia á un derecho adquirido y no un aliento que se da á un delito ó al dolo.

5. De la misma manera son nulas todas las convenciones concluidas bajo una condición contraria á una ley de interés general (5), ó á las buenas costumbres (6). Para determinar si la condición tiene este carácter, no basta referirse á la condición misma; es preciso considerar el conjunto de la convención y especialmente su objeto; es preciso ver si la condición imprime á la prestación convenida un objeto contrario á una ley de interés general ó á las buenas costumbres. Prometer mil "si no se mata Ticio," es una promesa acompañada de una condición ilícita, aunque el hecho de no matar á Ticio sea de los más lícitos; es que la convención tiene por objeto hacer matar á Ticio (7). Por el contrario, prometer mil "si se mata Ticio," es una promesa condicional lícita, porque tiene por objeto eliminar un homicidio (8). Así entendidas las condiciones contra-

---

(1) D. 2, 14, l. 27, § 4.—Arg. D. 40, 5, l. 53.—*Id.* 38, 10, l. 4.—Pothier, *Pand* 2, 14, núm. 56, nota c.

(2) L. 27, § 14 —D. eod, l. 7 § 15; l. 27, § 3 y *supra*, § 14.—Arts. 1297, 1302, 1460 y 1461 del Cód. civ. cit.

(3) D. 2, 14. l. 27, § 4.

(4) L. 27, § 4 cit.—D. eod. l. 7, § 14.—C. 2, 4, l. 34.—Arg. *a contrario* de los arts. cits.

(5) Paulo, III, 4, § 2.

(6) Paulo, I, y D. 28, 7, l. 15.—*Id.* 45, 1, l. 137, § 6.—V. *infra*, § 97, II, 3.—Arts. 15, 1279, fr. III, 1280, 1306, fr. IV, 1309, 1669 á 1672 del Cód. civ. cit.

(7) D. 45, 1, l. 61.

(8) D. eod. l. 121, § 1. Savigny, III, § 122, p. 172 y 173.

rias á una ley de interés general ó á las buenas costumbres, implican un contrato en que la prestación convenida es ella misma contraria á una ley de interés general ó á las buenas costumbres, y por tanto este contrato debe ser herido de nulidad por aplicación del principio general establecido antes (1). Pueden llamarse estas condiciones "ilícitas" ó "inmorales" y aun simplemente "inmorales" (*turnes*); porque lo que es reprobado por una ley de interés general, es también inmoral (2). Es necesario particularmente considerar como concluida bajo una condición inmoral la *estipulación* hecha para el caso en que se cometiera un acto ilícito ó inmoral (alguno estipula mil si mata ó injuria á Ticio); esta estipulación tiende directamente á hacer cometer este acto, lo que es de una inmoralidad evidente (3). Sucede del mismo modo con la *estipulación* hecha para el caso en que no se cometiera un acto ilícito ó inmoral (alguno estipula mil si se abstiene de matar ó de injuriar á Ticio); es digno de desprecio hacerse pagar por abstenerse de una acción reprobada por la ley ó la moral (4). Hay también una condición inmoral cuando se *promete* alguna cosa para el caso en que no se cometiera un acto ilícito ó inmoral (alguno promete mil si no mata ó no injuria á Ticio); esta promesa tiene por objeto hacer cometer el acto ilícito ó inmoral (5). Pero la condición no tiene nada de inmoral, cuando se *promete* alguna cosa para el caso en que se cometiera un acto ilícito ó inmoral (alguno promete mil si mata ó injuria á Ticio); lejos de ser inmoral, esta convención

(1) Núm. II del presente §.

(2) Arg. *Inst.* 3 19, § 24.—Savigny, III, § 122.

(3) *Inst.* 3, 19, § 24.—D. 45, 1, l. 26, 27 y 123.—Art. 1354 del Cód. civ. cit.

(4) D. 2, 14, l. 7, § 3.—*Id.* 12, 5, l. 1, § 2, l. 2, § 1 y l. 9.

(5) *Inst.* 3, 19, § 24—D, 45, 1, l. 26, 27 y 123.

tiende á desviar de una mala acción (1). La nulidad de los contratos celebrados bajo una condición inmoral conduce á la consecuencia de que, si ha sido hecho un pago en ejecución del contrato, puede ser repetido como indebido; hay lugar á la *condictio ob turpen vel iniustam causam* (2). Sin embargo, este derecho de repetición supone que la inmoralidad existe solamente del lado de aquel que ha recibido el pago. Si es participada por el pagador, éste no es admitido á repetir (3); no podría por su propia torpeza crearse un derecho para la restitución de la cosa, así como el estipulante no tiene derecho al pago; la convención que es inmoral para las dos partes no contiene derecho á ninguna de ellas (4). Con mayoría de razón, la acción en repetición debe ser rehusada si la inmoralidad no existe sino del lado del pagador (5). Examinemos algunos casos particulares:

a). Es inmoral la condición de no casarse; el derecho de casarse es conforme á la ley natural y por consiguiente es inmoral querer privar á alguno de este derecho. Esta regla fué consagrada por la Ley *Julia et Papia Poppæa* respecto de las disposiciones de última voluntad (6), y como es conforme á los principios generales de derecho, debe ser admitida también para las convenciones (7). Pero la condición de no casarse no es inmoral sino en tanto que prohibe de una manera general el matrimonio á uno de los contratantes. No se puede estipular

(1) D. 45, 1, l. 121, § I.—*Id.* 2, 14, l. 50.

(2) D. 12, 5, l. 1, § 2; l. 2, § 1; l. 9, § 1.—C. 4, 7, l. 3, 6 y 7,—D. 12, 5, l. 9. § 1. *Id.* 27, 3, l. 5 —Arts 1668 á 1672 del Cód. civ. cit.

(3) D. 12, 5, l. 2, § 2; l. 3 y 4. § 1. y l. 8.—*Id.* 44, 4, l. 9 —C. 4. 7, l, 2 y 5.—Arts. cits.

(4) D. 12, 5, l. 8.

(5) D. eod. l. 4, § 3.

(6) Art. 3265 del Cód. civ. cit.—D. 35, 1, l. 22, 72, § 5 y l. 100.

(7) Savigny, III, §123, I, A.—Maynz, II, § 205, nota 3.—Art. 1354 del Cód. civ. cit.

una cosa para el caso en que no se casara de una manera absoluta, ni prometer cosa alguna para el caso en que se casara (1). Por el contrario, nada impide insertar en un contrato de arrendamiento la cláusula de que éste quedará resuelto si el arrendatario se casa; esta cláusula no tiene en manera alguna por objeto restringir el derecho de casarse en la persona del arrendatario (2). Además, no es inmoral la condición de no casarse con una ó varias personas determinadas (3) ó de no casarse en un determinado lugar (4), á menos que tenga por resultado hacer difícil el matrimonio del contratante y establecer así, en realidad, una prohibición del matrimonio (5); salvo esta reserva, la condición mencionada, lejos de querer condenar al contratante al celibato, puede tener un objeto loable. En fin, en el nuevo Derecho Romano, la condición de no volverse á casar se reputa moral, porque los segundos matrimonios son vistos con un justificado disfavor (6). Es también inmoral la condición que, en sentido inverso, tiende á imponer el matrimonio con persona determinada; por ejemplo, dos desposados se prometen recíprocamente una pena para el caso de renuncia á los esponsales; es inmoral querer obligar á alguno á casarse contra su voluntad con persona determinada (7). Del mismo modo es inmoral la condición de divorciarse ó de no divorciarse; es contrario á las buenas costumbres querer imponer á

(1) Es preciso decir otro tanto de la condición de no casarse sino al grado de un tercero. (D. 30, *de leg.* 1, 54, § 1).

(2) C. 6, 40, l. 1.

(3) Arg. D. 35, 1, l. 63 y 64.

(4) Arg. D. 35, 1, l. 64, § 1.

(5) Arg. D. 35, 1, l. 63 y 64, § 1.

(6) *Novella*, 22, cap. 43 y 44, § 1 y 2.—D. 35, 1, l. 62, § 2.—C. 6, 40, l. 2.

(7) D. 35, 1, l. 71, § 1.—*Id.* 45, 1, l. 134.—C. 5, 1, l. 5, § 6.

alguno el divorcio ó el mantenimiento del matrimonio. Particularmente no se puede prometer una pena para el caso de divorcio (1), ni para el caso en que no lo hubiera absolutamente (2). Pero es permitido convenir en que un arrendamiento será rescindido si hay divorcio de parte del arrendatario; esta convención deja entera la libertad del arrendatario para no divorciarse. (3).

b). Es inmoral la condición de tener domicilio en un lugar determinado; la libertad de habitar donde se quiera es de derecho natural, restringirla es violar la libertad individual (4).

c). Es necesario también declarar inmoral, á pesar de la oposición de muchos intérpretes, la condición de cambiar ó de no cambiar de religión. El contrato que depende de una condición semejante tiene por efecto ejercer presión sobre la conciencia y restringir la libertad natural de ésta; desde entonces es inmoral (5).

d) Es también acompañada de una condición inmoral la estipulación de una pena convenida para el caso en que el promitente no testara en favor del estipulante (*si heredem me non feceris*). Esta estipulación atenta á la libertad de la última voluntad (6).

e) Una variedad importante de las convenciones bajo condición inmoral es la de las convenciones de juego (*lusus*) (7). Se entiende por esto las convenciones por las cuales varias personas, proponiéndose un ob-

---

(1) C. 8, 38, l 2.—D. 45, 1, l. 19 y 134.

(2) Arg. de los mismos textos.

(3) Savigny, III, § 123.

(4) D. 35, 1, l. 71, § 2.—Maynz, II, § 205, nota 3.—*Contra:* Pothier; *Pand.* 35, 1, núms. 211 y 220.—Art. 5 reformado de la Constitución Política de México, de 5 de Febrero de 1857, y 989 del Cod. Pen. del D. F. de id

(5) Savigny, III, § 123, IV.

(6) D. 45, 1, l. 61; *Id.* 28, 7, l. 9.

(7) D. 11, 5, l. 2.

jeto de lucro (1), estipulan cada una alguna cosa bajo determinada condición y prometen bajo la condición contraria (2). Según que la condición depende del azar ó de la destreza de los jugadores, hay juego de azar (*aleæ lusus*) (3) ó juego de destreza. Ya en una época remota, un senado consulto de nombre desconocido había prohibido en general jugar dinero (4). Justiniano, reforzando esta prohibición, anuló cualesquiera convenciones de juego (5); admitió solamente una excepción para cinco juegos de destreza y con tal de que la apuesta no pasara de un sueldo (cerca de quince francos) (6). El motivo de la convención de las condiciones de juego se encuentra en su inmoralidad; persiguen una ganancia torpe; es digno de desprecio querer enriquecerse por el juego (7). Esta inmoralidad depende de la doble condición que implica toda convención de juego; esta doble condición se refiere á la contingencia de ganar ó de perder que imprime al contrato su objeto inmoral de lucro. Heridas de nulidad las convenciones de juego, no producen ni obligación civil ni obligación natural; el ganancioso carece de acción, para obtener el pago de su ganancia (8), y si el perdidoso ha pagado,

---

(1) Es al menos el objeto esencial del juego; el objeto de divertirse que puede agregarse, no es sino secundario.

(2) D. 11, 5, l. 3 con la 2, § 1.

(3) Rubrica C. 3, 43.

(4) D. 11, 5, l. 2, § 1; Id. eod. l, 3 y 4.—Cicerón, *Philippique* II, 23 y Horacio, *Carmina*, III, 24, v. 58. D. 11, 5, l. 1, § 4 y l. 2;—*Id.* eod. l. 1, § 1 y 3.

(5) C. 3. 43, l. 1, § 1 y l. 2.

(6) C. eod. l. 1, § 4.

(7) Si Justiniano admite una excepción para ciertos juegos de destreza con una apuesta módica, es porque, en este caso, el espíritu de lucro no tiene sino una importancia secundaria.

(8) C. 3, 43, l. 1, § 1.

aun cuando haya conocido la ausencia de todo lazo obligatorio, puede por una *condttio sine causa* repetir lo que ha pagado, porque el pago ha sido hecho en virtud de una causa nula á los ojos de la ley, y bajo este título da lugar de una manera absoluta á la acción de repetición (1). Esta es considerada tan favorablemente en el caso que dura cincuenta años en vez de treinta (2). Por el contrario, el Derecho Romano reconoce plenamente las convenciones relativas á las apuestas (3) (*sponsiones*) [4], es decir, las convenciones por las cuales varias personas, por divergencias de opiniones sobre un punto cualquiera, estipulan cada una alguna cosa para el caso en que su opinión fuera fundada y prometen alguna cosa para el caso contrario. Según esta definición, lo que separa la apuesta del juego, es que interviene no con un objeto de lucro ó de placer, sino para dirimir un desacuerdo de opiniones entre las partes (5). Así se explica la validez de las apuestas, mientras no son reconocidas por la ley las convenciones de juego. ¿*Quid* respecto de las apuestas hechas con oca-

---

(1) L. 1, § 1 cit.—D. 11, 5, l. 4, § 1 y 2.

(2) C. 3, 43, l. 1, § 2. -*Id.* eod. l. 1, § 1 y 3 y l. 2, § 1 —*Id.*, *Id*, l. 2, § 2 y *Novella* 123, cap. 10.—Decreto mexicano de 23 de Febrero de 1830 y Providencia relativa [Montemayor y Beleña, núm 48].—Nov. Rec., lib. 12, tít, 23, l. 15, Colon, *juzg. milit.*, tom. 4, art. *juegos prohibidos.*—Bando de 9 de Mayo de 1832—Id. de 26 de Noviembre de 1833.—Id. de 10 de Diciembre del mismo año.—Arts. 2772 á 2782 del Cód. civ. cit., 869 á 880 del Penal.—Sent. del juzgado 2° correccional de México de 12 de Abril de 1893 [El Derecho, 3ª épοc., tom. 4, pág. 261] y de la 3ª Sala del Trib. Sup. de íd., de 17 de Septiembre de 1895] [Id. épοc. íd., tom. 6, pág. 599].

(3) D. 12, 1, l. l. 37. *Id.* 45, 1, l. 108 y 129. *Id.* 11, 5, l. 2, § 1 y l. 3.

(4) L. 3 cit. Las apuestas se arreglaban en la forma de la estipulación.

(5) Así la apuesta puede referirse á un acontecimiento pasado ó presente, mientras que el pago se refiere siempre á un acontecimiento futuro. —Arts. 2778 á 2782 del Cód. civ. cit.

sión de juegos? Son verdaderos juegos. En efecto, no tienden á cortar una divergencia de opiniones, sino á obtener una ganancia; si las partes aventuran proposiciones contrarias, es por el sólo placer de contradecirse y de ganar dinero (1). Las apuestas hechas con ocasión de juegos carecen, pues, de valor jurídico, á menos que se refieran á un juego permitido (2). Se decidirá del mismo modo, por identidad de motivo, cuando independientemente de un juego principal, las partes se contradicen con el solo objeto de poder apostar (3). Por lo demás, se aplican á los juegos permitidos y á las apuestas los principios generales sobre las convenciones. Ellas son civilmente obligatorias, desde luego si cada parte se ha hecho prometer la apuesta en la forma de estipulación (4), lo que era de tal manera usual para las apuestas que tomaron el nombre de *sponsiones* (5), después si han sido convertidas en un contrato real innominado por la entrega de las apuestas á un tercero (6). En el primer caso, el ganancioso dispone contra el perdidoso de la *actio ex stipulatu;* en el segundo, puede, por la acción *præ scriptis verbis*, exigir las apuestas del tercero que las ha recibido (7). Fuera de estos casos, la convención relativa á un juego permitido ó á una apuesta es un simple pacto que produce solamente una obligación nataral. Además, las apuestas son nulas si se refieren á actos contrarios de una ley de interés general ó á las buenas costumbres (8); tal es el caso en que se apuesta á que se

(1) D. 11, 5, l. 3.
(2) L. 3 cit.
(3) Vaugerou, III, § 673.
(4) D. 12, 1, l. 37 é *Id.* 45, 1, l. 108 y 129.
(5) D. 11, 5, l. 3.
(6) D. 19, 5, l. 17, § 5.
(7) L. 17, § 5 cit.
(8) L. 17, § 5 cit.

deberá más. En cuanto al dolo de uno de los contratantes, produce sus efectos ordinarios; por ejemplo, si uno de los apostantes conocía de una manera cierta la exactitud de su opinión y en vez de declararlo á su adversario, ha finjido dudarlo (1). Añadamos que las apuestas eran de un uso frecuente en el antiguo procedimiento Romano (2).

6.—Otra prohibición es la de los pactos sucesorios (3). Se entiende por esto las convenciones relativas á la sujeción de una persona todavía viva. El alcance de la prohibición es doble. En primer lugar, la sucesión de una persona todavía viva no puede ser objeto de una convención de parte de terceros, y particularmente no es permitido á terceros vender y comprar la sucesión de una persona viva [4]. Tales convenciones son inmorales; implican una especulación sobre la muerte de otro, y esta especulación tiene un carácter odioso (5). Sin embargo, en virtud de una constitución de Justiniano, la convención se hace válida si el *de cuius* da para ella su consentimiento y lo mantiene hasta su muerte (6). En segundo lugar, no se puede concluir una convención respecto de la propia herencia con una tercera persona (7). No se admite darse un heredero por con-

---

[1] Molitor, II, núm. 708.—Art. 2779 del Cód. civ. cit.

[2] Gayo, IV, 13, 14, 141, 165, 168 y 171.

[3] C. 8, 38, l. 4.

[4] D. 18. 4, l. 1; *Id.* 39, 5, l. 29, § 2; C. 2, 3, l. 30, § 1, 2, 3 y 4.—Pothier, *Vente*, núm. 527.—Duranton, tom. 10, núms. 310 y 311.—Art. 2833 del Cód. civ. cit.

[5] D. 39, 5, l. 29, § 2; C. 2, 3, l. 30, § 2 y 3; D. 34, 9, l. 2, § 3; *Id.* 39, 5, l. 29, § 2 y l. 30. - Febrero de Pascua, tom. 3, pág. 9, núm. 8.—Valenzuela, *caus*, 19, núms. 32 y sigts.—Olea, *de cess. jur*, tít. 2, quæst. 4, núm. 32.—Salgado, *de reg. protec.* part. 4, cap. 8. núms. 171 al 178.—Vel , *Di sert*, 14.—Guzmán, *de evict.* quæst. 11, núms. 42 y 43.

[6] C. 2, 3, l. 30, § 3; D. 34, 9, l. 2, § 3.

[7] Arg. C. 5, 14, l. 5.

trato; esta institución contractual es nula, aun cuando no sea revocada por el *de cuius* (1). Dos personas no pueden tampoco instituirse herederas recíprocamente por contrato (2). El motivo de la regla es que la ley ha establecido las formas testamentarias que le han parecido asegurar mejor la libre manifestación de la última voluntad; desde entonces, si se quiere darse un heredero, es preciso someterse á estas formas; el interés mismo del *de cuius* lo quiere así (3). Sin embargo, la institución contractual valdrá como donación á causa de muerte, si reune las condiciones de este acto jurídico (4), lo que, en el caso de una herencia superior á quinientos sueldos (siete mil quinientos francos), supone ya la insinuación de la donación, ya el empleo de la forma codicilar (5).

7.—Los abogados y los que anticipan á un litigante las costas del litigio, no están autorizados para estipular; como remuneración de sus servicios, ni una parte alícuota del producto eventual de la acción *(pactum de quota litis)* (6), ni una suma fija para el caso de ganancia del litigio *(pactum de palmario)* (7). Está, además, prohibido á los abogados (8) y á los representantes (9) de los litigantes adquirir el producto eventual de la acción (10). Todas estas convenciones se reputan contra-

---

[1] L. 5, cit. C. 2, 3, l. 15.

[2] C. eod. l. 19; D. 45, 1, l. 61; *Id.* 38, 16, l. 16; O. 6, 20, l. 3.—Partida 5, tít. 11, l. 33.

[3] C. 2, 3, l. 15; D. 38, 16, l. 16.—Art. 3471 del Cód. civ. cit.

[4] C. 2, 3, l. 19.

[5] O. 8, 56, l. 4; *Id.* 2, 3, l. 19.

(6) D. 50, 13, l. 1, § 12; *Id.* 2, 14, l. 53; C. 2, 6, l. 5.—Nov. Rec. lib. 5, tít. 22, l. 22.—Partida 3, tít. 6, l. 14.

(7) D. 50, 13, l. 1, § 12; Arg. D. 2, 14, l. 53.

(8) D. 1, 16, l. 9, § 2.

(9) D. 17, 1, l. 7; C. 2, 12, l. 15; *Id.* 4, 35, l. 20.

(10) C. 2, 6, l. 6 § 2.

rias al honor (1) y, en lo que concierne especialmente á los abogados, á la dignidad de su profesión (2). Del mismo modo los médicos no pueden estipular nada de sus clientes enfermos de peligro, para el caso de que sanen (3).

C).—Del consentimiento de las partes.

§ 92.—*Reglas generales.*

I.—Considerado desde el punto de vista de las convenciones en general, el consentimiento [*consensus*, de *cum* y *sentire*, estar en comunidad de consentimiento] es el concurso de las voluntades de varias personas sobre cualquier punto (4). Pero actualmente no consideramos las convenciones sino como fuente de las obligaciones (5); limitado á esta especie de convenciones, el consentimiento es el concurso de las voluntades del deudor y del acreedor sobre la prestación que debe efectuar el primero. Comprende dos manifestaciones concordantes de voluntad, la del deudor y la del acreedor. La primera es la oferta de determinada prestación; si la oferta tiene por objeto una prestación futura, se presenta bajo la forma de una promesa (6). La manifestación de la voluntad del acreedor consiste en la aceptación de la oferta del deudor (7). Antes de esta aceptación la oferta del deudor se llama policitación (*pollicitatio*) (8). Pero el consentimiento exige, además, que el po-

(1) D. 2, 14, l. 53; *Id.* 17, 1, l. 7; *Id.* 50, 13, l. 1, § 12; C. 2, 12, l. 15,
(2) C. 2, 6, l. 5; D. 1, 16, l. 9, § 2.
(3) C. 10, 53, l. 9; D. 50, 13, l. 3; *Id.* 45, 1, l. 35, § 1 y l. 134; C. 8. 34, l. 3.
(4) D. 2, 14, l. 1, § 2; *Id.* 50, 12, l. 3.
(5) V. *supra*, § 75, 1º
(6) D. 50, 12, l. 3.
(7) L. 3, cit.
(8) L. 3. cit. D. 21, 1, l. 19, § 2.

licitante conozca la aceptación; en tanto que ésta no ha llegado á su conocimiento, no hay consentimiento. En efecto, no existe todavía entre las partes una comunidad de sentimiento, como lo exige la palabra misma consentimiento. Por otra parte ¿cuál es el objeto de la convención? Evidentemente fundar una obligación sobre la voluntad de las dos partes; ahora bien, esta voluntad debe ser consciente; el deudor debe saber que se ha obligado; sería contrario á la naturaleza de la convención, que se estuviese obligado por ella sin saberlo; que se fuese responsable de su culpa sin conocer el lazo obligatorio (1). Examinemos ahora en particular las condiciones y los efectos de los tres elementos del consentimiento.

A). La cuestión de cuando existe la policitación no da lugar á ninguna dificultad especial (2). En lo que concierne á sus efectos, es preciso distinguir:

1.—El policitante ha añadido un plazo á su oferta. Si este plazo ha sido aceptado por la parte contraria, se ha formado desde este punto de vista una convención entre las partes; el estipulante tiene el derecho absoluto de aceptar la oferta en tanto que el plazo no ha expirado; si el policitante la retira, se considera su detractación como no hecha (3). Pero, expirado el plazo, la policitación cae de pleno derecho, conforme á su tenor. Si la concesión del plazo no ha sido aceptada, el policitante no está ligado por el plazo; éste no podría conferir un derecho á la parte adversa, que no ha expresado ningu-

---

(1) Esta tercera condición del consentimiento nos servirá bien pronto para recobrar una cuestión muy controvertida (núm. 1, C. de este §)—Maynz, II, § 200, nota 11.

(2) Para la manifestación del consentimiento en general, véase *infra*, núm. II de este §

(3) La convención no produce ningún otro efecto; no podría tratarse de una acción para el estipulante.—Arts. 1290 y 1292 del Cód. civ. cit.

ni voluntad á este respecto. La policitación se desvanece, pues, desde que es retirada y, además, de pleno derecho, á la expiración del plazo citado. A la declaración del policitante "de que hace la oferta por un tiempo determinado," equivale la que expresa "que la aceptación de la oferta debe verificarse en determinado plazo;" este plazo para la aceptación de la oferta limita necesariamente la oferta misma (1). Resultará con mucha frecuencia de las circunstancias que el policitante habrá querido tácitamente restringir la duración de su oferta. Tal sería el caso en que pudiendo vender las mercancías á A, por determinado precio, anuncio á B que le doy la preferencia, si me presenta las mismas condiciones. En el caso, mi intención es que B se decida en un plazo breve.

2. Si las ofertas se han hecho pura y simplemente, el policitante es libre de retirarlas en cualquier instante. Pero en tanto que no han sido revocadas, subsisten y con ellas la facultad de la parte adversa de aceptarlas, salvo que el silencio prolongado más allá de cierto tiempo, razonablemente determinado por las circunstancias, implique una denegación de la oferta; ésta desaparece por la denegación y no puede ya ser aceptada (2).

Cuando el policitante ó la parte adversa muere ¿la policitación pasa á sus herederos? La misma distinción es necesaria. Si las ofertas han sido acompañadas de la fijación de un plazo que ha sido aceptado por la parte adversa, pueden ser aceptadas respecto de los herederos del policitante ó de parte de los herederos de la parte adversa. Una convención se ha formado entre

---

(1) Sintenis, II, § 96, núm. 1, 1º initio.—Art. 1293 del Cód. civ. cit.

(2) En este sentido Sintenis, II, § 96, núm. 1, 1º initio, p. 248 á 250.—V. *infra* § 98. I. A. 2ª.—Art. 1291 del Cód. civ. cit.

las partes; el policitante se ha obligado á mantener su oferta durante el plazo fijado y esta obligación ha sido aceptada; la obligación de que se trata se transmite activa y pasivamente á los herederos de las partes (1). Por el contrario, si el plazo añadido á la policitación no ha sido aceptado por la parte adversa, ó bien si la policitación ha sido hecha de una manera pura y simple, no pasa absolutamente á los herederos (2). En efecto, la policitación como tal, no crea ninguna especie de obligación entre las partes; la facultad de aceptar la oferta no constituye un verdadero derecho; el derecho supone un deber para aquellos respecto de los cuales el derecho existe; ahora bien, el policitante no tiene ningún deber respecto de la parte adversa; no está obligado á nada hacia ella; á la afirmación del adversario de que una oferta ha sido hecha, tiene facultad de responder por la retractación de la oferta. Sin duda está obligado en el caso en que su oferta llegue á ser aceptada; pero esta circunstancia no crea una obligación condicional; el deudor condicional está ya ligado antes del cumplimiento de la condición, mientras que el policitante no está ligado en manera alguna antes de la aceptación de su oferta (3).

---

(1) En este sentido Vangeron, III, § 603.—Art. 1295 del Cód. civ. cit.

(2) D. 39, 5, l. 2, § 6; *Id.* 12, 1, l. 41; *Id.* 8, 4, l. 18.—Art. 1293 del Cód. civ. cit.

(3) No pensamos que aquel á quien las ofertas han sido hechas y las acepta después de la muerte del policitante en la ignorancia de esta muerte, pueda tener derecho á una indemnización en razón del daño que le hubiera sido causado por la policitación, como si, pudiendo aceptar un segundo contrato ventajoso, hubiera renunciado á él á causa del primero. No solamente no existía ningún lazo jurídico entre las partes, sino que el policitante no ha incurrido en culpa alguna que pueda obligarle respecto de la parte adversa; no podría prever ni su muerte ni la posibilidad de un daño para ésta en razón de la policitación. Su equidad, que con frecuencia se invoca en favor del aceptante, milita más bien en favor de los herederos del policitante.—*Contra;* Thèring, IV, núm. 1, p. 91 á 93.

B). En lo que concierne á la aceptación del acreedor, para dar lugar á un consentimiento, debe concordar en todos los puntos con la oferta (1). No hay consentimiento si, siendo la oferta pura y simple, la aceptación se hace bajo condición (2), ó bien si la oferta y la aceptación recaen sobre cosas diferentes (3). Esta concordancia entre los dos elementos del consentimiento se refiere á la teoría del error; en su oportunidad trataremos de ella detalladamente (4).

C.) En fin, como lo hemos demostrado (5), es preciso que el solicitante conozca la aceptación de la parte adversa. Se sigue de aquí que si la aceptación se hace por carta ó por medio de un mensajero, el consentimiento no existe sino en el momento en que el policitante toma conocimiento de la carta ó del mensaje. Hasta entonces no hay ni contrato, ni obligación; cada parte es libre de rectractarse. Por un lado, el policitante puede retirar su oferta; y no está ligado si la carta ó el mensaje del aceptante le llega después de la retractación de la oferta, ó más bien después de la notificación de la retractación de la parte adversa; porque, respecto de ésta, la voluntad del policitante subsiste por la naiuraleza de las cosas por todo el tiempo en que ella no ha sido revocada respecto de la otra (6). Por otro lado, el aceptante tiene la facultad de volver sobre su aceptación en tanto que su carta ó su mensaje no ha llegado á su destino; por ejemplo, enviando

(1) D. 44, 7, l. 52, § 2.—Arg. del art. 1293 del Cód. civ. cit.

(2) D. 45, 1, l. 1, § 3.

(3) L. eod. l. 137, § 1.

(4) V. *infra* § 93, I y II.

(5) Núm. I initio del presente §

(6) El policitante que retira su oferta antes de haber conocido la aceptación de la parte adversa, no es responsable de los daños y perjuicios hacia la parte adversa por un motivo análogo al expresado en la nota 4 de este § —Arts 1286, 1288, 1289, 1290 y 1291 del Cód. civ. cit.

un segundo correo que se anticipe al primero cerca del policitante (1). Nuestra doctrina se justifica por las consideraciones que hemos hecho valer antes (2), cuando hemos exigido de una manera general, como una condición del consentimiento, el conocimiento de la aceptación por parte del policitante. Añadiremos que el sistema opuesto crearía una desigualdad de hecho entre el policitante y el aceptante; el primero, quedaría absolutamente ligado después de la expedición de la carta ó del mensaje; el segundo, no desde que le fuera posible impedir que la carta ó el mensaje llegasen á su destino, retirando la carta ó bien llamando el mensajero; estaría en su poder aniquilar materialmente su aceptación. Se objeta que si, para la perfección del contrato, el policitante debiera tener conocimiento de la aceptación de su oferta, sería preciso también admitir lógicamente que la perfección del contrato exige el conocimiento, por parte del aceptante, del mantenimiento de la oferta, y, así en seguida hasta lo infinito, cada parte debería tener conocimiento de la voluntad de la otra; el contrato entre ausentes no se perfeccionaría nunca. El argumento está mal fundado. Cuando A hace una oferta á B, que la acepta y notifica su aceptación á A, no solamente A conoce la voluntad de B, sino que B no reconoce menos la voluntad de A; en efecto, la voluntad de A subsiste respecto de B, en tanto que no ha sido revocada respecto de él. Se dice todavía que, si la aceptación se verifica en condiciones

(1) La ausencia de contrato antes de la llegada de la carta ó del mensajero produce también otra consecuencia: si en el intervalo una de las partes viene á morir, el contrato no se formará ya por la llegada subsecuente de la carta ó del mensajero, salvo el caso de una policitación hecha para determinado plazo aceptado por la parte adversa.—V. *supra* núm. I, A.—Art· 1292 del Cód. civ. cit.

(2) *Supra* núm. I, initio de este §

tales que su retractación sea físicamente imposible, el aceptante está obligado en realidad á partir de su aceptación y la justicia exigiría que el policitante lo estuviese también; de otra manera, la situación de las partes no sería igual. Pero, si en el caso hay una desventaja para el aceptante, es la consecuencia del modo de aceptación que ha elegido libremente; debe imputárselo á sí mismo; dependía de él aceptar de otra manera. Nuestras leyes son mudas sobre la cuestión. De aquí grandes divergencias de opinión entre los autores; se sostiene frecuentemente que el contrato entre ausentes queda perfecto desde el instante en que la oferta es aceptada por carta ó mensajero (1).

II.—Así, mientras los elemensos mencionados del consentimiento no están reunidos, no hay ni consentimiento, ni convención. No existe sino una simple policitación ó bien pláticas preliminares sin carácter obligatorio. El policitante no puede ser demandado por ejecución de su promesa; la simple policitación no obliga en lo absoluto (2); solamente en algunos casos excepcionales, la ley le imprime una obligación (3). Simples pláticas preliminares no dan tampoco lugar á una obligación. Pero siempre que concurran las condiciones susodichas del consentimiento, éste existe y por consiguiente también la convención. En principio, el consentimiento puede ser dado de cualquier manera; ninguna forma es necesaria (4). Tal es al menos la regla general que se puede establecer, salvo tomar en cuenta las importantes derogaciones que le introdujo el Derecho Romano, sobre todo exigiendo la forma de la estipulación para que las convenciones no especial-

---

[1] Maynz, II, § 200, nota 11; *Contra:* Molitor, I, núm. 49 —Arts. 1290 y 1291 del Cód. civ. cit.

[2] Paulo, V, 12, § 9.—Art. 1288 del Cód. civ. cit.

[3] V *infra* § 224.

[4] D. 44, 7, l. 52, § 9.

mente reconocidas sean civilmente obligatorias. Según esto:

1. El consentimiento no debe ser dado en término solemne (1), ni aun ser expreso; puede ser tácito (2). Es expreso, si es dado con el objeto directo de consentir. Es tácito, si consiste en actos que, sin tener por objeto directo consentir, no admiten sin embargo otra explicación razonable que la de un consentimiento. Así es cómo una sociedad disuelta por el cumplimiento de una condición ó el vencimiento de un término resolutorio es tácitamente renovada si los antiguos socios continúan las operaciones sociales (3). Frecuentemente también el consentimiento tácito resulta del simple silencio, y particularmente siempre que se debía hablar en caso de disentimiento y era posible hablar; *qui tacet, qum loqui potuit et debuit, consentire videtur* (4). La cuestión sobre si, según las circunstancias, se estaba en mora y en estado de protestar en caso de desacuerdo, es una cuestión de hecho. El locatario de una casa continua habitándola después de la expiración del plazo convenido para la duración del arrendamiento; el arrendador no se opone á ello absolutamente. En general, el arrendamiento es tácitamente renovado; hay revocación tácita. El consentimiento del locatario resulta de que ha permanecido gozando de la casa (5); el del arrendador, de su

---

[1] C. 8, 37, l. 10; *Inst.* 3, 15, § 1; D. 13, 5, l. 14, § 3; *Id.* 22, 4, l. 4.

[2] D. 2, 14, l. 2; *Contra*: arts. 1286, 1287 y 1291 del Cód. civ. cit.

[3] Arg. D. 19, 2, l. 14; *Contra*: arts. 2308, fr. I y 2311 del Cód. civ. cit.

[4] D. eod. l. 13, § 11 y l. 14; Barbosa, *Axioma*, 218, núm. 7.—Laudo arbitral de 16 de Julio de 1864 (*El Derecho*, tom. I, p. 134).

[5] L. 13, § 11 cit. *Contra* respecto de fincas urbanas: Partida 5, tít. 8, l. 18 y 20 y art. 3005 del Cód. civ. cit. y Sent. del Juzgado 5° de lo Civil de México, de 8 de Mayo de 1858 (*Gacet. de Trib.* tom. 2, p. 53]; del íd.

silencio; si él no quería renovar el arrendamiento, debía protestar contra la ocupación prolongada de la casa, y generalmente esta protesta era posible; su silencio en tales condiciones implica la voluntad de concluir un nuevo arrendamiento [1]. Pero la regla cesa con su motivo, si el arrendador ha sido impedido de protestar á causa de una enfermedad ó de ausencia; si ha sido afectado de enajenación mental, su consentimiento se ha hecho imposible (2). Por el contrario, no se puede en general interpretar como consentimiento el siencio de aquel á quien se haya hecho una oferta [3]; como si el policitante hubiera declarado, en una oferta escrita, que daría tal sentido al silencio de la parte adversa; nada obligaba á éste á expresar su disentimiento; el silencio de aquel á quien ha sido hecha una oferta, implica á veces una negativa, como se ha dicho antes (4).

2. El consentimiento puede ser expresado de viva voz; un escrito es inútil; si las partes redactan uno, no sirve sino para la prueba del contrato (5). Pero sucede de otra manera si, en el momento mismo del contrato, las partes convienen en consignarlo por escrito;

íd. de 9 de Julio de 1846; [*Id. Id.* tom. 2, p. 172]; de la Excusa. 3ª Sala de la S. Corte de Justicia, de 9 de Noviembre de 1849; [*Id. Id.* tom. 2, p. 173]; y de la 3ª Sala del Trib. Sup. del D F., de 3 de Noviembre de 1881 (*El Foro*, tom. 17. núm. 97).—Antonio Gómez, *Var, Resol*, tom. 2, cap. 3, núm. 25; *Sic* respecto de fincas rústicas: L. de Partida cit. Nov. Recop. lib. 10, tít. 10, l. 3; Cédula de 6 de Diciembre de 1785; Decreto de las Cortes Españolas de 8 de Junio de 1813, art. 5° y art. 3004 del Cód. civ. cit.

(1) L. 13, § 11 y l. 14 cit.

(2) L. 14 cit. D. 50, 17, l. 60; anal. con la gestión de negocios.

(3) D. 50, 17, l. 142. *Id.* 3. 3, l. 8, § 1. 2.

(4) Núm. I, A, 2° de este §—Sintenis, II, § 96, núm. I, 1° initio, p. 248 á 250.—Arts. 1291 y 1294 del Cód. civ. cit.

(5) D. 22, 4, l. 4. *Id.* 20, 1. l. 4; C. 2, 3. l. 17; D. 44, 7, l. 38. Arts. 1286 y 1287 del Cód. civ. cit.

entonces el contrato no se hace perfecto sino por la redacción del escrito; hasta allí cada parte puede retractarse, rehusando firmar (1). Al convenir, en el momento del contrato, en que se otorgaría un escrito, las partes hacen naturalmente de este escrito una condición de la perfección de su contrato; no quieren todavía obligarse de una manera definitiva. Es preciso pronunciarse en este sentido, tanto más cuanto que frecuentemente, al proceder á la redacción de un escrito, se comprueba que las partes están tan completamente de acuerdo como parecían estarlo; la redacción escrita es lo que viene á dar una entera precisión á los arreglos verbales, que presentan siempre algo de indeterminado. Es sobre todo posible que, de acuerdo sobre los puntos principales del contrato, las partes hayan querido los puntos accesorios fuesen objeto de nuevas pláticas. Hay, pues, al menos duda sobre su consentimiento definitivo y esa duda basta para que el contrato no esté perfeccionado (2). Si el consentimiento puede ser dado de viva voz, puede también serlo de otra manera; por un simple signo de cabeza afirmativo (*nutu*) (3), por carta (*per epistolam*) ó por mensajero (*per nuntium*) (4). En el primer caso, la parte contratante es la persona que ha enviado el mensajero; no es el mensajero (5). Este no es sino un simple órgano del expedidor; es un instrumento por medio del cual consiente (6), exactamente como la expedición de una carta viva. Pero propiamente hablando no se contrata por el intermediario de un representante, por un mandatario, un tutor, un curador ó un gestor de negocios. El representante es la parte con-

(1) C 4, 21, l. 17, § 1 y 2. *Inst.* 3, 23.
(2) C. 4, 21, l. 17. *Inst.* 3, 23.
(3) D. 44, 7, l. 52, § 10. *Contra*: Art. 1287 del Cód. civ. cit.
(4) D. 2, 14, l. 2. *Id.* 13, 1, l. 1, § 2. *Id.* 44, 7, l. 2, § 2.
(5) D. 17, 2, l. 84. *Id.* 13, 5, l. 14, § 3 y l. 15.
(6) L. 15 cit.

tratante, salvo que, en el nuevo Derecho Romano, la mayor parte de los efectos del contrato son transferidos en realidad sobre la cabeza del principal, con exclusión del representante, como se explicará más adelante (1). En fin, la oferta del deudor y la aceptación del acreedor pueden hacerse en cualquier orden. En general, la oferta precede á la aceptación. Pero nada impide que el acreedor acepte desde luego bajo la forma de una demanda ó una invitación, á la cual el deudor responde afirmativamente (2). La estipulación, el más importante de los contratos del Derecho Romano, deroga estas reglas bajo dos aspectos: el consentimiento debe manifestarse en ella de viva voz (3) y por una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (4); no se admite absolutamente consentimiento por simples señas (5), por carta ó mensajero (6) ó por una promesa del deudor seguida de una aceptación del acreedor (7). Añádese que la donación superior á quinientos sueldos (cerca de 7,500 francos) exige la inscripción en los registros judiciales (8).

3. Las promesas aceptadas de concluir un contrato determinado (*pacto de ineundo contractu vel de contrahen-*

---

(1) V. *Infra* § 111, III.
(2) *Inst.* 3, 15, § 1; D. 2, 14, l. 7, § 12.
(3) *Inst.* 3, 15, § 1.
(4) Id. Id.
(5) Id. Id.
(6) *Inst.* 3, 19, § 12.
(7) Arg. *Inst.* 3, 15, § 1.
(8) *Inst.* 2, 7, § 2. *Infra* § 170, 3°. Para las fianzas de las mujeres *supra* § 37 y 38 bis; para la convención de hipoteca; C. 8, 17. l. 11.—Arts. 1322, 1323 del Cód. civ. cit.—Sobre la doctrina del antiguo derecho acerca de instrumentos públicos y su diferencia con los contratos en ellos contenidos V. Surdo, *de alimentis*, tít. 8, privil. 3, núm. 8. Cardenal Tuscho, letras I conclus. 236, núm. 6 y C. conclus. 979, núm. 3-992, núm. 9.—Salgado, *Laberyntus*, part. 2, cap. 17, núm. 76.

do) son convenciones perfectas. Se les llama en nuestros días, y de manera exacta, convenciones preparatorias (*pacta præparatoria*). Por ejemplo, yo me comprometo á prestaros 1,000 sestercios (1), á recibir vuestra plata en depósito, á daros en prenda el fundo Corneliano, á cambiar mi caballo por el vuestro (2). Sin duda el contrato que se ha prometido concluir no existe todavía; en las especies indicadas, no hay ni préstamo, ni depósito, ni contrato de prenda ó de permuta; porque siendo reales todos estos contratos, no se perfeccionan sino por la entrega de la cosa. Pero la convención tal como ella se ha verificado entre las partes, es plenamente perfecta, y, si ha sido revestida de la forma de la estipulación, produce una acción. El promitente que se rehusa á concluir el contrato convenido, debe pagar daños y perjuicios (3). Hasta aquí no se ha tratado sino de convenciones preparatorias para un contrato real. ¿*Quid* respecto de los pactos preparatorios para un contrato consensual? Nos referiremos á la promesa bilateral de vender y de comprar. En nuestra opinión, es preciso distinguir. Si la promesa bilateral de vender y de comprar ha sido hecha bajo condición ó á plazo, es válida en el sentido de que, cumpliéndose la condición ó expirando el plazo, se forma de pleno derecho una venta ordinaria; porque todas las condiciones de ésta están unidas, comprendiendo en ellas el consentimiento de las partes (4). Pero si la promesa bilateral de vender y de comprar ha sido hecha pura y simplemente, no hay venta perfecta si no es que las partes han querido vender y comprar de

---

(1) D. 12, 1, l. 30. *Id.* 45, 1, l. 68.
(2) C. 4, 64, l. 3.
(3) Arg. D. 45, 1. l. 68.
(4 Arg. D. 18, 1, l. 75. *Id.* 19, 5, l. 12 y C. 4, 54, l. 2.

presente (1). Fuera de estos casos no pueden admitirse sino pláticas sin fuerza obligatoria. El motivo de esta última regla es que las partes no han querido vender inmediatamente y no han fijado tampoco una época ulterior para la formación de la venta. A decir verdad, su consentimiento no existe en lo absoluto. Son libres para no concluir la venta (2). Habrán de seguirse reglas análogas respecto de la promesa unilateral de vender (*pactum de vendendo*) y de la promesa unilateral de comprar (*pactum de emendo*). Ciertamente ninguna de estas promesas constituye una venta, puesto que no hay en ellas sino un compromiso de parte de uno de los contratantes; ahora bien, la venta supone compromisos recíprocos. Pero no existe menos una convención perfecta dependiente de la condición "si el estipulante quiere comprar ó vender." Si el estipulante usa de este derecho, transforma la promesa unilateral de vender ó de comprar en una venta propiamente dicha, porque desde ese momento existe el consentimiento de las dos partes. Esta regla se aplica al pacto de retracto, que es una promesa unilateral de vender subordinada á la condición "si el estipulante quiere comprar" (3).

4. Existe también una convención perfecta cuando las partes, de acuerdo sobre los puntos principales de una convención, los consignan por escrito (*punc tatio*, en el lenguaje moderno), salvo consignar más tarde los puntos accesorios. Esta redacción testimonía la voluntad definitiva de tratar. Si las partes no llegan á entenderse sobre los puntos accesorios del contrato, ellos serán fijados según los principios generales del derecho (4). Pero, para que sea así, debe haber verda-

(1) V. *infra* II, 5°.—Arts. 1783, 2819, 2820 del Cód. civ. cit.
(2) C. 4, 21, l. 17, § 2. *Inst.* 3, 23. V. *supra*, § 29, I, 2°.
(3) D. 18, 1, l. 75. *Id.* 19, 5, l. 12. C. 4, 54, l. 2.
(4) Windscheid, II, § 310, 2° a.

deramente concurso de las voluntades de las partes sobre los elementos principales del contrato. Es posible que no haya habido sino simples pláticas; entonces la anotación de éstas es desprovista de valor jurídico; facilita solamente las pláticas ulteriores (1). Es posible también que el consentimiento no recaiga sino sobre la conclusión futura de un contrato; en este caso no existe sino una convención preparatoria con los efectos mencionados (2).

5. En fin, en la venta en almoneda (3), cada una de éstas da lugar á una convención propia. Aquel que expone en venta, manifiesta la intención de vender de una manera determinada, salvo que no indica precio; se reserva la facultad de vender al que ofrezca más. A falta de precio cierto, estas propuestas no podrían ser consideradas como una oferta de vender; tienen, al contrario, por objeto provocar ofertas de comprar de parte de los interesados. Cada postor ofrece comprar de la manera propuesta y por el monto de su postura, "si, en el plazo fijado para las almonedas, se quiere venderle la cosa por el precio ofrecido." Aquel que expone en venta, es libre de rehusar la oferta, particularmente si el postor no le parece presentar garantías suficientes de solvencia; pero por sólo que no rehuse y provoque una sobrepuja, acepta tácitamente la oferta Se forma así una convención perfecta, que no es sino una promesa unilateral de comprar, subordinada á la condición "si el estipulante quiere vender en el plazo fijado;" el postor queda, pues, ligado, sin que pueda ya retractarse (4). Pero cada postor es libre de pleno de-

[1] Arndts, § 231, 2°.
[2] Windscheid, II, § 310, 2°. b.
[3] Art. 2926 del Cód. civ. cit. por analog.
[4] Se admite casi unánimemente que el postor queda ligado por su oferta; su obligación deriva de una convención y especialmente de una promesa unilateral de comprar, aceptada en la forma indicada.

recho de su promesa por una oferta más elevada, aceptada, como acaba de decirse; aceptando la sobrepuja, el que expone en venta, renuncia virtualmente á la ventaja de la oferta inferior (1). La última promesa de comprar subsiste, pues, sola, subordinada á la condición de que el estipulante venda definitivamente en el plazo fijado. Esta promesa no crea ninguna obligación á cargo del estipulante, porque él no ha prometido vender al que más ofrezca; tiene, pues, facultad de no vender (2). El único efecto de la promesa de comprar, hecha por el último postor, es conferir al estipulante el derecho de vender la cosa en el plazo fijado para las almonedas. Si deja pasar este plazo, cae la promesa de comprar (3). Si usa de su derecho en el plazo convenido, la venta se forma por el consentimiento de las partes (4). Se forma aún por el solo efecto de la última oferta é independientemente de un nuevo consentimiento de aquel que expone en venta, si este último se ha obligado de antemano á vender la cosa en cualquiera hipótesis al que ofrezca más; esta obligación constituye una promesa unilateral de vender por un precio determinado, por el precio más elevado de las posturas, y la última crea una venta perfecta bajo todos respectos, porque de una y otra parte hay consentimiento (5). Estas reglas no son especiales á la venta en almoneda; deberá aplicárselas por analogía á los demás contratos concluidos en almonedas, y en particular al arrenda-

---

[1] No puede objetarse que de esta manera una sobrepuja hecha por un insolvente quita el beneficio de una primera puja emanada de persona solvente, porque depende de aquel que expone en venta rehusar la sobrepuja

[2] Windscheid, II, § 308, 2º y nota 16.

(3) Regelsberger, § 36, 5º.

(4) D. 50, 1, l. 21, § 7.—C. 11, 32, l. 1; *Id.* 10, 3, l. 4; D. 49, 14. l. 50.

(5) *Supra* II, 3º de este §.—Arg. *Inst.* 2, 1, § 46; *Id.* 2, 20, § 25, 26 y 27.

miento de cosas (1) y al de un trabajo determinado (*locatio conductio operis*) (2); en el último caso, la postura menos elevada prevalece.

III. El consentimiento puede ser excluido ó viciado por el error, el dolo, la violencia ó la simulación. Puede ser acompañado de una condición (3), de un plazo (4) ó de un modo. Consagraremos á estos diversos objetos párrafos especiales (93 y 99).

§ 93.—*Del error.*

Propiamente hablando, el error (*error*) consiste en la inexactitud de las nociones con respecto á una cosa; la ausencia de nociones constituye la ignorancia (*ignorantia*). Pero como la ausencia de nociones es relativamente rara, en el lenguaje jurídico el error comprende la ignorancia; ella designa á la vez la inexactitud y la ausencia de nociones con respecto á una cosa. El error produce un efecto decisivo sobre la convención cuando es esencial (*error esentialis*), según los comentadores del Derecho Romano, es decir, cuando excluye el consentimiento de las partes (5). En este caso, es una causa de inexistencia de la convención, porque no se comprende una convención sin consentimiento (6) Siendo tal el motivo de la regla, debe ser seguida, aun cuando el error esencial sea inexcusable; lo grosero de un error no puede producir el efecto de que haya un con-

(1) Cicerón, *de lege agraria* I, 3 y II, 21.—Varron, *de lingua latina*, VI, 11.

(2) Cicerón, *in Verrem*, act. II, lib. 1, c. 54 á 56.

(3) *Inst.* 3, 15, § 2.

(4) *Id.*, *Id.*

(5) A este error se limita la máxima: *errantis nulla est voluntas.*—D. 39, 3, l. 8; *Id.* 50, 17, l. 116, § 2..C. 1, 18, l. 8 y 9; D. 2, 1, l. 15; *Id.* 5, 1, l. 2.

(6) D. 44, 7, l. 57; *Id.* eod. l. 55.—Art. 1296, fr. I del Cód. civ. cit.

trato sin consentimiento (1). Haciendo inexistente la convención el error esencial, no podría hablarse de una acción sobre anulación de la convención; no se podría anular la nada; una *querela nullitatis* sería un contrasentido. La verdadera situación jurídica de las partes es esta: no habiendo hecho nada las partes, cada una conserva todos sus derechos anteriores. Si, con ocasión del ejercicio de estos derechos, el adversario invoca la convención afectada del error esencial, la parte que se ha engañado, le opondrá la inexistencia de la convención, salvo probar su error, el cual no se presume, y la justicia comprobará la inexistencia del contrato; ella no lo anulará. Particularmente, si una de las partes ha ejecutado la convención, podrá repetir por la *condictio indebiti* lo que ha pagado; la ausencia de convención hace que haya pago indebido y el pago se ha verificado por error (2). Además, las partes conserva-

---

(1) Arg. D. 44, 7, l. 55 y 57.—Sucede lo mismo con un error de derecho, en los casos excepcionales en que se presentare aquí. Yo os entrego una cosa en depósito; vos creeis que el depositario de una cosa tiene derecho de servirse de ella y aceptáis la cosa con tal convicción. No hay ni depósito ni préstamo, porque no hay acuerdo de las partes sobre alguno de estos dos contratos; poco importa que el error se refiera á un punto de derecho. Así era antiguamente: el error de derecho anulaba en muchos casos las convenciones, no sólo en favor de los soldados, mujeres, menores de 25 años y labradores sencillos (D. 22, 6, l. 9), sino también cuando él había sido tal que constituía la única causa de la convención en la que alguno se obligaba á pagar lo que no debía, sin que hubiera otro motivo para fundar la obligación; llegando á aparecer falsa la causa, quedaba nula la convención (D. eod. l. 8; Pothier, *Proced. civil*, part. 3, cap. 4; Domat, *lois civ.*, lib. 1, tít. 18; D'Aguesseau, *Dissert sur l'erreur du droit*—Escriche, *Dicc.*. v. "Error de derecho."—Sent. del Provisorato de la mitra de Michoacán (México), de 25 de Septiembre de 1851 (*Gacet. de Trib.*, Tom. 2, pág. 419); pero conforme á la legislación moderna, en ningún caso, el error de derecho sirve para anular los contratos.—Art. 1296 del Cód. civ. cit.

(2) D. 12, 1, l. 18, § 1.—Arts. 1545 á 1555 del Cód. civ. cit.—Vinnio,

rán sus derechos contra los terceros; si una de ellas ha entregado su cosa, será admitida á revindicarla contra los terceros detentadores (1). Al error esencial se opone el error accidental (*error minus esensialis*, *error concomitans*, según la termología moderna); es el error no exclusivo del consentimiento. Tanto como la influencia del error esencial es capital, es indiferente el error accidental considerado en sí mismo; no produce ningún efecto (2). No autoriza á demandar ni la rescisión del contrato, ni los daños y perjuicios, ni una diminución de precio. La parte que ha caído en el error, debe imputarse á sí misma haberse engañado; podía y debía, antes de contratar, procurarse las informaciones necesarias; no puede reprochar nada á su cocontratante. Por otra parte, no hay contrato cuya conclusión no aparezca acompañada de algún error en una ó en otra parte; no se habría podido atender á estos errores sin conmover la fuerza obligatoria de las convenciones. Sin duda, si el error accidental ha sido explotado por el cocontratante ó si se refiere á un vicio oculto ó á una cualidad prometida, la parte que se ha engañado, puede, según las circunstancias, demandar la rescisión del contrato, los daños y perjuicios ó la diminución del precio. Pero este derecho no resulta del error como tal; constituye un efecto del dolo del contratante, del vicio oculto ó de la cualidad prometida; aquel que se obliga á entregar una cosa que tiene vicios ocultos ó que no tiene las cualidades prometidas, es al menos culpable de culpa; debía conocer el vicio oculto y de-

---

Quæst. select. 47, lib. 1; Partida 5ª, tít. 14, l. 23, 28 y 37.—Sent. del Juzgado 4º Civil de México, de 13 de Agosto de 1861 (*Gacet. de Trib.*, tom. 2, p. 817).

(1) V. *infra* núm. I, 1º de este §.

(2) D. 18, 1, l 9, § 1; *Id.* 12, 6, l. 65, § 2.

clararlo á la parte adversa (1) ó bien no garantizar á la ligera cualidades que no existían (2). Veamos ahora en qué casos el error es esencial. El error puede referirse á la convención misma, á la cosa que es su objeto, á la persona del cocontratante, á los motivos de hecho que determinan á contratar, ó bien á una deuda anterior.

I. *Del error relativo á la convención.* 1.—El error relativo á la convención es evidentemente esencial cuando recae sobre la identidad del contrato, cuando cada parte ha tenido en mira un contrato diferente; porque no hay consentimiento entonces sobre ningún contrato. Por ejemplo, yo os entrego una suma de dinero con la intención de prestárosla; creeis recibir una liberalidad (3); ó recíprocamente (4). Yo os entrego dinero para que os sirva de muestra; creeis que se os ha prestado (5) ó viceversa (6). Yo os entrego una cosa en depósito; creeis recibir un préstamo (7). O bien todavía: yo os entrego una cosa para que la tengáis en prenda pensáis que ella os es vendida por el monto de vuestro crédito (8). En estos diversos casos, no habiendo llegado á existir ningún contrato, habrá lugar á la *condictio indebiti* (9). Pero ¿hay translación de la propiedad de la cosa así entregada? Una distinción es necesaria. La propiedad será transferida así, á pesar del desacuerdo sobre el contrato; hay consentimiento de las partes sobre la translación de la propiedad. en otros

(1) D. 21, 1, l. 1, § 2.
(2) Thibaut, t. 2, núm. 4, IV.
(3) Arg. de los textos citados en la siguiente nota.
(4) D. 12, 1, l. 18; *Id.* 41, 1, l. 36, *Id.* 44, 7. l. 3, § 1.
(5) Arg. D. 12, 1, l. 18, § 1.
(6) L. 18, § 1 cit.
(7) L. 18, § 1 cit.
(8) D. 18, 1, l. 9.—C. 4, 22, l. 5.
(9) D. 12, 1, l. 18, § 1—Pothier, *Pand*, 41, 1, núm. 58, nota k.

términos, si el *tradens* y el *accipiens* han tenido respectivamente la voluntad de transmitir y de adquirir la propiedad, lo que supone que uno y otro han tenido en mira un contrato que tiende á una enajenación. En efecto, este consentimiento de las partes sobre la translación de la propiedad constituye precisamente la justa causa de tradición, y desde entonces, encontrándose reunidas las demás condiciones de la tradición, la propiedad será transferida por ella, no obstante la inexistencia de la convención previa. Tal es el caso en que yo os entrego dinero para prestároslo, mientras que creéis en una liberalidad, ó recíprocamente (1). Habiendo perdido el *tradens* la propiedad de la cosa, no podría ser admitido á la reivindicación. Por el contrario, la propiedad no será transferida siempre que faltare el consentimiento sobre esta translación; la tradición translativa de propiedad carecerá entonces de una condición esencial, de una justa causa, y por tanto será nula. Es lo que sucederá en las tres últimas especies indicadas antes (2). Habiendo quedado el *tradens* propietario, podrá reivindicar.

2. El error relativo á la convención es también esencial cuando las partes, queriendo concluir la misma especie de contrato, han querido contratar cada una bajo una modalidad diferente, por ejemplo, la una pura y simplemente, la otra bajo condición ó á plazo. Aquí igualmente falta el consentimiento de las partes; éstas no están de acuerdo ni sobre una ni sobre otra modalidad; admitir el contrato con una ú otra modalidad, sería ir contra la voluntad de una parte (3).

(1) D. 41, 1, l. 36; *Id.* 44, 7, l. 3, § 1; *Id.* 12, 1, l. 18.—Molitor I, núm. 97.—Maynz, I, § 106, nota 24, Pothier, *Pand.* 41, 1, núm. 58, nota *h.*

(2) Núm. I, 1º.—Art. 1324 del Cód. civ. cit.

(3) Gayo, III, 102; *Inst.* 3, 19, § 5; D. 45, 1, l. 1, § 3.—Art. 1325 del Cód. civ. cit.

II. *Del error relativo á la cosa, objeto de la convención.*

1.—No hay duda que el error es esencial cuando recae sobre la individualidad de la cosa, es decir, cuando cada parte ha tenido en mira un objeto diferente *(error in corpore)*. De las dos partes una quiere vender el caballo A, la otra quiere comprar el caballo B; no hay venta ni del caballo A, ni del caballo B, porque el consentimiento de las partes no existe para la venta ni del uno ni del otro caballo (1).

2.—En lo que concierne al error sobre las cualidades de la cosa, no hay dificultad tampoco si se trata de una convención unilateral y el *estipulante* se ha engañado sobre las cualidades de la cosa. Este error es siempre accidental, cualquiera que sea la naturaleza de la cualidad, por ejemplo, alguno estipula un objeto de cobre en la creencia de que es un objeto de oro. En efecto, aquel que hace una estipulación unilateral, consiente en todo caso en recibir la cosa que realmente ha estipulado, más bien que en no recibir nada (2). Además de que la estipulación es válida, el promitente, suponiéndolo culpable de dolo, debe todavía los daños y perjuicios (3). Pero *¿quid* si, en una convención unilateral, es el *promitente* quien se ha engañado sobre las cualidades de la cosa, ó bien si, en una convención sinalagmática, una y otra parte se han engañado sobre las cualidades? Aquí el error es esencial cuando la cualidad sobre que él recae, es constitutiva del género de la cosa, en otros términos cuando, admitiendo la existencia de la cualidad supuesta, la cosa pertenecería á otro género que aquel al cual se refiere realmente. Para resol-

(1) *Inst.* 3, 19, § 23; D. 18, 1, l. 9; *Id.* 45, 1, l 83, § 1 y l. 137, § 1; C. 8, 53, l. 10; D. 41, 2, l. 34; *Id.* 45, 1, l. 83 § 2.—Art. 1296 del Cód. civ. cit.

(2) D. 45, 1, l. 22; *Id.* 13, 7, l. 1, § 2.

(3) D. 45, 1, l. 22; *Id.* 13, 7, l. 1, § 2.

ver esta cuestión, es preciso tener en cuenta las ideas generalmente esparcidas en la sociedad y las habitudes comerciales más bien que las reglas de la química (1). En todos los demás casos, el error relativo á las cualidades de la cosa estipulada es accidental. Este sistema es racional; al contratar sobre una cosa, tenemos en mira, independientemente del individuo material, el género de este individuo; la especie á que el individuo pertenece tiene tanta importancia como la individualidad misma de la cosa; existe tanta diferencia entre el género A y el género B, como entre el individuo A y el individuo B. Si, pues, el error recae sobre el género de la cosa, es verdadero decir que no hay consentimiento (2). Pero también cuando las partes están de acuerdo sobre la identidad física de la cosa y sobre su género, el consentimiento existe y el error relativo á las cualidades de la cosa no puede ser sino accidental. Sin duda, las partes pueden haber contratado de una manera especial en consideración á una cualidad no constitutiva del género de la cosa, y entonces el deudor es responsable de la ausencia de la cualidad. Solamente que esta responsabilidad resulta de la convención especial habida entre las partes, y no del error; ella se rige por las reglas sobre la garantía de las cualidades prometidas, y no por las del error (3). Consideremos algunos casos particulares.

Compro un objeto de cobre creyendo que es de oro, un objeto de plomo creyendo que es de plata. El cobre y el oro, el plomo y la plata forman otros tantos géneros diferentes; luego el error es esencial (4).

Compro un objeto de cobre dorado ó de plomo pla-

(1) Savigny, III, § 137 y 138.
(2) D. 18, 1, l. 9, § 2.
[3] D. 18, 1, l. 45; *Id.* 19, 1, l. 21, § 2.
[4] D. 18, 1, l. 9, § 2 y l. 14.—Art. 1296, fr. II del Cód. civ. cit.

teado, creyendo que es de oro ó de plata en el interior lo mismo que en su superficie. El error es todavía esencial, porque un objeto de cobre dorado ó de plomo plateado es en realidad un objeto de cobre ó de plomo; el dorado y el plateado son accesorios (1).

Compro, como si fuera de oro puro, un objeto compuesto de una mezcla de oro y de cobre, ó bien, como si fuera de plata pura, un objeto compuesto de una mezcla de plata y de plomo. Aquí el error es simplemente accidental, cualquiera que sea el título del oro ó de la plata, y aun cuando el cobre ó el plomo entrara en mayor cantidad en la composición del cuerpo mezclado. En efecto, á pesar de la liga del cobre ó del plomo, no se puede decir que el objeto comprado sea de cobre ó de plomo, que pertenece á un género diverso de aquel que el comprador tuvo en mira (2).

Compro vinagre creyendo que es vino. El error es esencial, porque desde el punto de vista de las transacciones comerciales, el vino y el vinagre son géneros diferentes; las partes contratantes los consideran tan distintos como el oro y el cobre, aunque el vinagre de vino provenga del vino. Pero el error sería simplemente accidental si yo hubiera comprado por error vino agrio; el vino agrio no es menos vino (3).

Compro una mesa de madera, creyendo que es de madera de encino, de limonero ó de nogal, mientras que es de madera blanca. Aquí el error es simplemente accidental, porque no recae sobre el género de la cosa. Sin embargo, el vendedor que hubiera afirmado la cualidad de la madera, debería garantizarla (4).

---

[1] D. eod l. 41, § 1.
[2] D. 18, 1, l. 10 y 14.
[3] D. 18, 1, l. 9, § 2.
(4) D. 19, 1, l. 21, § 2.

Compro un caballo, creyendo que es de carrera, cuando es impropio para la carrera. El error es igualmente accidental; es extraño al género de la cosa. Pero si alguno me hubiera vendido un caballo como si fuera un caballo de carrera, estaría obligado á garantizarme la cualidad prometida.

Compro un animal, engañándome, ya sobre su sexo (1), ora sobre su edad, ya sobre si el animal del sexo femenino ha tenido ya crías. En principio todos estos errores son accidentales, porque no conciernen al género del animal. El error sobre el sexo no se hace esencial, sino en las transacciones comerciales en que se tiene el hábito de referirse al sexo, de tal manera que cada sexo se reputa una especie distinta. En cuanto á aquel que declara vender un animal de un sexo determinado, es responsable, de una manera absoluta, de la ausencia de la cualidad prometida (2).

El error sobre el nombre de la cosa, del fundo por ejemplo, es manifiestamente accidental (3). En fin, es accidental el error relativo á la propiedad de la cosa, sea que el promitente haya creído sin razón ser propietario (4), sea que el estipulante haya atribuido falsamente la propiedad al promitente ó á un tercero (5), sea que un mandatario haya prometido su propia cosa, creyendo prometer la del mandante (6). Tal error no concierne en manera alguna al género ó á la naturaleza de la cosa, sino á la cualidad puramente exterior. Se puede, por otra parte, en general, prometer la cosa

(1) Este error puede ser debido á la ceguera ó á la inexperiencia del comprador.—D. 18, 1, l. 11.

(2) D. 18, 1, l. 11, § 1.

(3) D. 18, 1, l. 9, § 1; *Id.* 45, 1, l. 32; *Id.* 41, 2, l. 34.

(4) Arg. D. 18, 1, l. 28.

(5) *Id.*, *Id.*

(6) D. 17, 1, l. 49.

de otro, de manera que desde este punto de vista todavía la validez de la convención no encuentra ningún obstáculo (1). A la verdad, la convención que recae sobre la cosa de otro, es nula si consiste en una dación, como el préstamo de consumo ó la permuta, y no se estipula válidamente la propia cosa. Solamente que estas convenciones son heridas de nulidad, no á causa del error, sino la primera, porque la dación que forma su condición esencial, no se ha verificado (2), y la segunda, porque tiene por objeto una prestación imposible (3)

Los autores formulan el principio de que el error relativo á las cualidades de la cosa es esencial si recae sobre la substancia ó la materia de la cosa *(error in substantia)* (4). Admiten, sin embargo, que si las partes han considerado más bien la forma de la cosa que su substancia, y particularmente si se trata de obras de arte, el error sobre la substancia se hace accidental, y esencial el error sobre la forma (5). Esta modificación que á fuerza se quiere introducir en el principio enunciado, prueba su insuficiencia y su inexactitud. Este principio dice demasiado, porque todo error sobre la substancia no es esencial. Dice demasiado poco, porque los errores relativos á cualidades no substanciales, son á veces esenciales. En realidad es preciso ver si, atribuyendo la cualidad supuesta á la cosa, ésta pertenecería, comercialmente hablando, á otro género que aquel al que pertenece realmente (6).

3. Pasemos al error sobre la cantidad. Él se conci-

(1) D. 18. 1, l. 28; *Supra*, § 91, I.
(2) *Id*, *Id*.
(3) *Id*., *Id*.
(4) Arg. D. 18, 1, l. 9, § 2 y l. 14.—Molitor, I, núms. 101 y 104.
(5) Molitor, I, núm. 101.
(6) *Supra* II, 2c initio.

be desde dos puntos de vista bien distintos.

a) Desde luego las dos partes pueden engañarse sobre la *cantidad estipulada*, en el sentido de que una prometa determinada cantidad, y la otra estipule una cantidad diferente. Este error recae, á decir verdad, sobre la individualidad de la cosa estipulada, al menos en parte; es un error *in corpore*. Pero está sometido á reglas propias. Es preciso separar las convenciones unilaterales de las bilaterales. En las primeras, la estipulación vale indistintamente por la cantidad más débil; porque hay consentimiento en cuanto á esta cantidad. Vos estipuláis 10; yo prometo 20; al prometer 20, prometo con mayor razón 10; estamos de acuerdo sobre 10. En sentido inverso vos estipuláis 20; yo prometo 10; al estipular 20, habéis también estipulado 10 más bien que nada; hay consentimiento sobre 10 (1). ¿Se trata de convenciones sinalagmáticas? La estipulación valdrá todavía por la cantidad menor, si el promitente se ha obligado á pagar más de lo que había sido estipulado. Vos me ofrecéis arrendarme vuestra casa por 10; yo os prometo 20; mi promesa de 20 implica una promesa de 10; estamos evidentemente de acuerdo sobre la última cifra (2). Pero la convención bilateral sería nula en su totalidad si el promitente se hubiera obligado á pagar una cantidad menor que la que había sido estipulada. Vos demandáis como precio del arrendamiento de vuestra casa la suma de 20; yo os ofrezco 10; no hay arrendamiento ni por 10, porque vos no habéis consentido en arrendarme vuestra casa á ese precio (3).

b) Después, una de las partes puede engañarse so-

(1) D. 45, 1, l. 1, § 4.—*Non obstat.*, Gayo, III, 102; *Inst.* 3, 19, § 5.—Molitor, 1, n. 107; Maynz, II, § 200.

(2) D. 19, 2, l. 52. *Id.* 45, 1, l. 83, § 3.

(3) D. 19, 2, l. 52.

bre la *cantidad de la cosa estipulada*, ó lo que es lo mismo, sobre el contenido ó extensión de la cosa, por ejemplo, sobre el contenido del fundo comprado. Este error se refiere á una simple cualidad de la cosa, y esta cualidad nada tiene de común con el género del objeto; el error es, pues, accidental (1). Sin embargo, es posible que el deudor haya garantizado una cantidad determinada, tal como un contenido de cien arpentas para el fundo vendido; entonces es responsable del déficit, como de la ausencia de cualquiera otra cualidad prometida (2).

4. En cuanto al error sobre los accesorios de la cosa, es siempre accidental, ya recaiga sobre la individualidad (3), ya sobre cualesquiera cualidades (4) de lo accesorio. Este error no impide el consentimiento sobre la cosa principal, y este consentimiento basta para la existencia y la plena validez del contrato. En cuanto á los accesorios que deben entregarse, habrá que atenerse á los principios generales del derecho; el promitente deberá entregar todos los accesorios conforme á la convención de las partes ó á la ley (5). Si la convención es obscura ó equivoca y no se llega á interpretarla de otra manera, se decidirá en favor del deudor, porque el acreedor debía estipular más claramente lo accesorio (6).

III. *Del error relativo á la persona del cocontratante.* Este error es esencial bajo dos condiciones.

1. Es preciso ante todo que recaiga sobre la individualidad del cocontratante, es decir, que se haya querido

---

(1) *Non obstat.* D. 18, 1, l. 57 y 58.
(2) D. 19, 1, l. 2 y 4, § 1; *Infra* § 108, I, H.
(3) D. 18, 1, l. 34.
(4) Arg. l. 34 cit.
[5] D. 19, 1, l. 38.
(6) D. 18, 1, l. 34.

contratar con una persona físicamente diferente de la que ha intervenido en el contrato. Tal es el caso en que, queriendo encomendar un cuadro á A, á quien yo conozco imperfectamente, tomo á B por A y le encomiendo el cuadro. Por el contrario, el error es accidental si, queriendo realmente contratar con el individuo físico que se ha presentado en el contrato, hay simplemente engaño sobre sus cualidades. Por ejemplo, encomiendo un cuadro á A, en la falsa persuasión de que es un pintor de mérito, cuando no tiene ningún valor; aquí el consentimiento existe; ciertamente he querido contratar con A (1). Sin embargo, es posible que el error sobre la cualidad de la parte contraria implique un error esencial relativamente al objeto de la convención; entonces este último error hace inexistente la convención (2). Supongamos que el verdadero heredero de un difunto divide los bienes hereditarios con un heredero simplemente aparente á quien considera como su coheredero. La partición será nula, porque está desprovista de objeto; no podría tratarse de dividir una sucesión con un no-heredero (3).

2. Es preciso, además, que el error relativo á la individualidad del cocontratante haya sido cometido con ocasión de un contrato cuya causa determinante era la consideración de la persona de la parte adversa. Tales son las convenciones de beneficencia y desde luego la donación; quiero hacer una donación á A, pero la hago á B, á quien tomo por A. Tales son también las numerosas convenciones á título oneroso en que se atiende á las cualidades personales del cocontratante. En particu-

(1) D. 50, 17, l. 19.
(2) Mulenbruch, II, § 338.
(3) D. 10, 2, l. 36; *Id.* 2, 15, l. 3, § 2; *Infra* § 180.

lar, el error concerniente á la identidad del cocontratante es esencial en todas las obligaciones de hacer en que se atiende á la habilidad del deudor, por ejemplo si, queriendo encomendar un cuadro á A, lo encomiendo á B. Sucede lo mismo si me engaño sobre la persona física de mi consocio, de un depositario, de un mutuatario, de un locatario, de un comprador. En estos diversos casos no me es de ninguna manera indiferente contratar con A ó con B; contrato en vista de la diligencia, de la solvencia, del crédito y de las relaciones sociales de mi consocio, en vista de la honorabilidad del depositario, de la solvencia del mutuatario, del locatario ó del comprador (1). Esta solvencia es un elemento esencial del contrato, ejerce una influencia decisiva sobre la prestación, la cual depende de ella; faltará si el deudor es insolvente. Pero el error sería simplemente accidental si yo me engañaba sobre la persona del mutuante, del arrendador ó del vendedor; aquí la persona de mi cocontratante me es indiferente; poco me importa tomar prestado, arrendar, comprar de A ó de B; lo que me interesa son las condiciones del contrato (2).

Mediante el concurso de las dos condiciones mencionadas, el error relativo á la persona del cocontratante es exclusivo del consentimiento. El error era de tal naturaleza, que no se quería unir la propia voluntad sino á la de una persona determinada, y esta unión no se ha efectuado; se ha tratado no con A, con quien se quería tratar, sino con B; no existe el consentimiento (3).

La cuestión sobre hasta que punto el error relativo á la identidad del cocontratante es esencial, di-

(1) Nuestras fuentes son mudas. El D. 47, 2, l. 52, § 21 y l. 67, § 4, no decide la cuestión.

(2) *Non obstat*. D. 12, 1, l. 32.

(3) Arg. D. 2, 1, l. 15 é *Id.* 5, 1, l. 2.

vide profundamente á los intérpretes del Derecho Romano. Para unos, como para otros, este error es solamente esencial si la individualidad de la parte adversa es la causa determinante del contrato (1). Según otros, él sería siempre esencial (2).

Se ha sostenido también que el error concerniente á la identidad del cocontratante, suponiéndolo esencial, no produce, sin embargo, sino una nulidad relativa de la convención, es decir, que la parte que se ha engañado es la única que puede prevalerse de él (3). Esta opinión es errónea. El error esencial, precisamente porque lo es, excluye el consentimiento y hace inexistente la convención; ahora bien, no está en el poder de la parte que se ha engañado, hacer válida la nada; no puede tratarse de la confirmación de una convención inexistente. Verdaderamente lo único que puede decirse es que puede haber un nuevo contrato entre las partes, gracias á un nuevo consentimiento; pero éste es indispensable y dará lugar á un nuevo contrato, independiente del antiguo (4).

IV. *Del error relativo á los motivos de hecho que determinan á contratar.* Este error es siempre accidental. Los motivos de hecho que determinan á contratar no forman un elemento del contrato, el cual supone solamente partes contratantes capaces, un objeto y el consentimiento. Los motivos de hecho que hacen contratar nada tienen de común con alguno de estos tres elementos; son, á decir verdad, extraños al contrato, y por tanto, el error sobre estos motivos no podría excluir el

(1) Namur, I, § 241.—Molitor, I, n. 98.—Maynz, II, § 201.

(2) El D. 12, 1, l. 32, no confirma su opinión.

(3) Molitor, I, núm. 98.

(4) La nulidad relativa del contrato parece ser rechazada por Windscheid, I, § 76.

consentimiento de las partes (1). Por ejemplo, yo hago una donación á A en la convicción de que me ha prestado servicios, administrando mis negocios; compruebo más tarde que me ha robado (2). O bien compro un caballo por el falso rumor de que el mío ha perecido, ó cualesquiera mercancías por falsos rumores de alza. O bien todavía, compro un fundo de tierra, previendo la construcción de un camino público á lo largo del inmueble comprado, y esta previsión no se realiza (3). La regla enunciada es absoluta; no admite sino modificaciones aparentes:

1. Las partes pueden haber subordinado su convención á la realidad del hecho que determina á contratar; puedo, por la noticia de que mi caballo ha muerto, comprar el vuestro, "si el mío se ha muerto efectivamente." Entonces la convención es nula si es inexacto el hecho que ha determinado á contratar, si en la especie mencionada mi caballo no ha muerto, porque las partes no han querido contratar sino en tanto que fuese exacto el hecho que ha inducido á contratar, que mi caballo hubiera realmente muerto. La convención es nula por efecto de la cláusula especial que las partes le han añadido, y de ninguna manera en razón del error sobre el motivo de hecho. Si el motivo del contrato es exacto, si el caballo del comprador ha muerto efectivamente, el contrato es puro y simple. El contrato no es condicional, porque no depende de un acontecimiento futuro (4).

2. Es posible que el error sobre el motivo para contratar haya sido provocado ó utilizado por el cocontra-

(1) D. 12, 4, l. 3, § 7; *Id.* 12, 6, l. 52.
(2) D. 12, 6, l. 65, § 2.
(3) D. 41, 1, l. 36.
(4) *Infra*, § 97, I, A, 1º, *a*.—Art. 1296, fr. II del Cód. civ. cit.

tante. En este caso él es culpable de un dolo, que produce sus efectos ordinarios (1).

V. *Del error relativo á una deuda anterior.* Se puede contratar en la falsa persuasión de que se era deudor en virtud de una causa anterior. Un heredero es gravado de un legado por un testamento nulo que él creía válido; en esta convicción, concluye con el legatario una convención cualquiera. Por ejemplo, el testador lo ha encargado de vender su casa á un tercero, y el heredero la vende á este tercero, ó bien se obliga á pagar una suma de dinero á efecto de poder guardar su casa. El error de este heredero es sin duda alguna accidental; no excluye la voluntad de contratar; la convención ha llegado, pues, á existir. Solamente que ha sido concluída indebidamente y por error. Equivale á un pago indebido hecho por error; es en definitiva la ejecución de un legado. He aquí por qué es afectada de la misma ineficacia; el legatario que demanda su ejecución es rechazado por la excepción de dolo (2), y además puede el heredero, por la *condictio indebiti*, reclamar la rescisión del contrato (3).

§ 94.—*Del dolo.*

I. *Nociones y condiciones.*—1. El dolo (*dolus*, *dolus malus*, *fraus*), cometido en la conclusión de una convención, consiste en provocar ó en utilizar á sabiendas un error de una de las partes, con el objeto de determi-

(1) D. 4, 3, l. 38.—Maynz, II, § 201 y nota 12.—Sent. del Juzgado 2º de lo Civil, de México, de 30 de Julio de 1884, consid. 10 (*El Foro*, t. 23, núm. 45).

(2) D. 19, 1, l. 5, § 1; *Id.* 44, 4, l. 7, initio y § 1.

(3) D. 19, 1, l. 5, § 1; *Id.* 12, 6, l. 31; *Id.* 12, 7, l. 3; *Id.* 44, 4, l. 7 y § 1; *Id.* 2, 14, l. 51.

narla á contratar (1). Todo dolo supone, pues, dos cosas: desde luego un error en uno de los contratantes; después la explotación de este error por otra persona con el objeto de hacer aceptar la convención. O bien el autor del dolo ha provocado él mismo el error, ó bien éste existía ya, y el autor del dolo, en vez de desengañar al cocontratante, ha utilizado el error. Lo que imprime á la explotación del error un carácter perverso es que se aprovecha de él para hacer subscribir una convención (2). Según esto, no se podría considerar como dolo la persuasión empleada por una de las partes con el objeto de obtener condiciones ventajosas. Yo ofrezco mi mercancía; hago afirmaciones vagas y generales sobre su bondad; declaro que la casa está bien edificada, que el fundo de tierra es fértil, que el caballo es vigoroso. El comprador no es víctima de un abuso por estas declaraciones; debe saber que todo vendedor alaba su mercancía; faltando un error de parte del comprador, no puede tratarse de dolo á cargo del vendedor (3). "*Naturaliter concessum est*, dice Paulo, *quod pluris sit minoris emere; quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circunscribere*" (4). Al dolo propiamente dicho los antiguos jurisconsultos romanos oponían el *dolus bonus*, consistente en explotar un error en una persona, no para arrancarle una convención, sino con otro objeto honrado y leal. Por ejemplo, asaltado por un malhechor, provoco un error en él á efecto de escaparme. Un médico engaña á su enfer-

(1) D. 4, 3, l. 1, § 2; *Id.* 17, 2, l. 3, § 3; *Id.* 50, 17, l. 79; *Id.* 38, 5. l, 1, § 15; *Id.* 2, 14, l. 7, § 10.

(2) D. 4, 3, l. 1, § 2; *Id.* 2, 14, l. 7, § 9 y Paulo, I, 8, § 1; D. 18, 1, l. 43, § 2; *Id.* 4, 3, l. 1, § 2.

(3) D. 21, l. 19; *Id.* 18, 1, l. 43; *infra*, § 107, II, 1°.

(4) D. 19, 2, l. 22, § 3; *Id.* 4, 4, l. 1 6, § 4.—Art. 1301 del C. Civ. cit.

mo en interés de este último (1). Este fraude no se comete con motivo de la conclusión de un contrato, y por tanto es extraño á la cuestión que nos ocupa aquí; por lo demás, es irreprensible.

2. El dolo es distinto de la violencia moral (2). Sin embargo, nuestras fuentes, tomando tambien la palabra dolo en un sentido lato, hacen entrar en él la violencia moral (3).

3. El antiguo Derecho Romano no atendía para nada al dolo cometido con motivo de la conclusión de un contrato (4). Partía del punto de vista de que el dolo no había excluído el consentimiento (5), y habiendo llegado á existir la convención, debía producir sus efectos. Las partes que querían precaverse contra el fraude, debían tener cuidado de estipular recíprocamente una de la otra que ningún dolo sería cometido (*dolum malum abesse afuturumque*) (6), ó bien estipular para el caso de dolo, ya daños y perjuicios en general (7), valorizables por el Juez según las circunstancias (8), ya una suma determinada de dinero (9). Esta cláusula relativa al dolo se llamaba *cláusula doli* (10). Para producir una acción, ella debía ser revestida de la forma de la estipulación (11), ó bien todavía, cuando se comenzó á reconocer los pactos accesorios, ser añadida á

---

(1) D. 4, 3, l. 1, § 3.
(2) *Infra.*, § 95, I, 1°.
(3) D. 4 2, l. 14, § 13; *Id.* 47, 8, l. 2, § 8.
(4) Cicerón, *de Offic.* I, 10, III, 14 y *de natura deorum*, III, 30.
(5) *Infra* en este §, núm. II, 1°.
(6) D. 45, 1, l. 38, § 13; *Id.* 46, 7, l. 19; *Id.* 50, 16, l. 69.
(7) D. 45, l. 38, § 13; *Id.* 46, 7, l. 19, § 1.
(8) D. 45, 1, l. 121; *Id.* 46, 8, l. 19.
(9) Arg., *Inst.* 3, 15, § 7.
(10) D. 45, 1, l. 22 y 53; *Id.* 46, 8, l. 19.
(11) D. 45, 1, l. 38, § 13 y l. 121.

un contrato de buena fe (1). Fué el pretor Cayo Aquílio Galo (2), un contemporaneo de Cicerón, quien permitió á la parte engañada reclamar de pleno derecho contra el dolo empleado á su respecto; le acordó la acción de dolo (3). Pero no quedaron menos en uso las convenciones relativas al dolo, sin duda porque ellas permitían fijar de antemano los daños y perjuicios pagaderos eventualmente por causa del dolo (4).

4. Se distingue un dolo principal y un dolo accesorio, ó bien, según las expresiones de la escuela, un *dolus causam dans contractui* y un *dolus incidens in contractum.* El primero es aquel que es la causa determinante del contrato, de tal suerte que sin el fraude no se hubiera concluido el contrato en manera alguna (5). El segundo, determina solamente á concluir bajo condiciones más onerosas un contrato que se hubiera también concluido sin el fraude, pero bajo mejores condiciones (6). Una cosa es vendida por el precio de 10.000; el vendedor ha engañado al comprador. Sin las maniobras fraudulentas, el comprador no hubiera comprado la cosa á ningún precio; el dolo es principal. Sin los artificios culpables, el comprador hubiera comprado; pero no hubiera consentido en dar sino 5.000; el dolo es accesorio.

5. Una condición esencial de la influencia del dolo sobre la convención, es que el dolo haya sido practica-

---

(1) *Supra*, § 79, 2°.

(2) Año 66 antes de J. C. [Cicerón, *Topica* 7].

(3) Cicerón, *de nat. deorum*, III, 30; *de offic.* III, 14.

(4) *Supra*, § 50, 1º, é *Infra*, § 100 bis, III.

(5) D. 19, 1, l. 11, § 5.—Art. 1296, fr. III del Cód. civ. cit.—Sent. del Juzgado de Letras de Huichapan [E. de México,] de 16 de Julio de 1859 [*Gacet. de Trib.* t. 4, p. 292].—Partida 7ª, tít. 16, l. 12; Partida 5ª, tít. 14, l. 28 y 37.

(6) D. eod., l. 32.

do por el cocontratante (1), ó bien que este último haya conocido las astucias del tercero autor del dolo, en el cual caso se hace su cómplice (2). Si un tercero se ha hecho sólo culpable del dolo, la convención produce sus plenos efectos. La razón de esto es que la parte engañada por el tercero no puede reprochar nada á su cocontratante; desde entonces este último debe recoger todo el beneficio de la convención; el fraude del tercero no podría dañarle (3). Sin embargo, sucede que, por aplicación de otros principios, el daño causado por el dolo del tercero es susceptible de ser invocado entre las partes:

a.) Es posible que la parte engañada por el tercero haya caído en un error esencial. Entonces el contrato es inexistente (4).

b) Con ocasión de una venta de 100 kilogramos de mercancías, un tercero presta fraudulentamente pesas falsas para hacer la pesada. A consecuencia de este fraude, el vendedor entrega en realidad 120 ú 80 kilogramos. Como la venta tenía por objeto una cantidad de 100, el vendedor que ha entregado 120, ha pagado 20 indebidamente y por error; puede repetirlos por la *condictio indebiti*. Si no ha entregado sino 80, 20 quedan debidos en virtud del contrato y el comprador puede reclamarlos por la *actio empti* (5).

Otra cosa es saber si el tercero autor de las maniobras fraudulentas no está sometido á la acción de dolo.

---

(1) D. 4, 3, l. 15, § 3 y l. 16; *Id.* 44, 4, l. 2.

(2) D. 4, 3, l. 7.

(3) Arg. D. 4, 3, l. 7, § 10 y l. 8; *Id.* 50, 14, l, 2.

(4) D. 4, 3, l. 7.

(5) D. 4, 3, l, 18, § 3; *Id.* 46, 7, l. 19, § 1; *Id.* 50, 16, l. 69; *Id.* 45, 1, l. 38, § 13 y l. 121.—Arts. 1296, 2ª parte y 2862 del Cód. civ. cit.—Sent. de la 2ª Sala del Trib. Sup. del D. F. de México, de 4 de Febrero de 1871 (*El Derecho*, 2ª época, t. 1, p. 127).

En principio está sometido á ella (1). Sin embargo, como la acción de dolo es subsidiaria (2), no es abierta en los casos excepcionales en que la parte engañada tiene otra acción contra su cocontratante (3), á menos que esta acción le procure la reparación íntegra del perjuicio sufrido, ya en razón de su naturaleza (4), ya á consecuencia de la insolvencia del cocontratante (5).

II. *Efectos del dolo.* 1.—El dolo no es nunca una causa de inexistencia de la convención: permite solamente hacerla rescindir ó bien reclamar daños y perjuicios, según que es principal ó accesorio. Es que el dolo como tal no excluye en ningún caso el consentimiento de las partes; por haber sido determinado por maniobras fraudulentas, no existe menos el consentimiento; del mismo modo que se dice del contratante violentado moralmente "*coactus voluit sed tamen voluit* (6), se puede decir del contratante engañado *deceptus voluit, sed tamen voluit.* Ahora bien, existiendo el consentimiento á pesar del dolo, la convención debe existir igualmente. Sin duda, el dolo puede estar acompañado de un error esencial, y en este caso no habrá convención; pero es este un efecto del error y no del dolo (7). Esta doctrina es corroborada por el desenvolvimiento histórico del Derecho Romano en nuestra materia. Es cierto que, según la antigua legislación Romana, las convenciones sorprendidas por dolo tenían una existencia jurídica; producían aún sus plenos efectos. Más tarde el Pretor creó la acción y la excepción de dolo. ¿Có-

---

(1) D. 4, 3, l. 7, § 10 y l. 8; *Id.* 50, 14, l. 2.
(2) *Infra*, núm. III A, 2° en este §.
(3) D. 4, 3. l. 7.
(4) *Supra*, letras *a* y *b*, núm. I de este §.
(5) Arg. D. 4, 3, l. 5 y 6.—Art. 1296 fr. IV del Cód. civ. cit.
(6) D. 4, 2, l. 21, § 6.
(7) D. 4, 3, l. 7.—Arts. 1296, fr. III y 1297 del Cód. civ. cit.

mo admitir que la creación de estas vías de derecho hubiera tenido por resultado hacer inexistente el contrato? El Pretor habría considerado pura y simplemente como no verificado un contrato que existía en derecho civil. No es así cómo se manifiesta en general la acción Pretoriana. Además, en el caso de un dolo principal, la parte engañada tiene, según nuestras fuentes, el derecho de obrar en resción de la convención (1). Ahora bien, no se podría hacer rescindir un contrato inexistente; no se comprende la anulación de la nada. Si las convenciones sorprendidas por dolo hubieran sido heridas de nulidad, las vías de derecho rescisorias acordadas por el Pretor, la acción que nace del contrato de buena fe y la acción de dolo no tendrían razón de ser; no se hacen inteligibles si no es partiendo de la idea de que la convención sorprendida por fraude existe; pero puede ser rescindida (2). Los textos vienen en nuestro apoyo (3). Los efectos del dolo varían según que es principal ó accesorio. El dolo principal es una causa de rescisión del contrato; en efecto, sin este dolo el contrato no habría sido concluído; el daño que ha causado á la parte engañada consiste en la conclusión del contrato; desde entonces la reparación del daño debe consistir en la rescisión del contrato (4). Además, la parte engañada tiene derecho á todos los demás daños y perjuicios (5). En cuanto al dolo accesorio, autoriza solamente á la parte engañada para pedir daños y perjuicios; no permite hacer rescindir el contrato, porque

(1) D. 19, 1, l. 11, § 5; C. 4, 44, l. 5, 8 y 10; D. 4, 3, l. 18.

(2) *Inst.* 3, 23, § 5; D. 18, 1, l. 57, § 1 y l. 62, § 1; *Supra*, § 91, I, 1º y II, 2º.

(3) C. 4, 44, l. 10; D. 19, 1, l. 13, § 27; *Id.* 46, 2, l. 19, *Non obstat* D. 4, 3, l. 7.

(4) D. 19, 1, l. 11, § 5.

(5) *Inst.* 3, 23, § 5; D. 18, 1, l. 62, § 1.

sin el fraude se hubiera contratado también; pero bajo condiciones menos desventajosas; una simple indemnización pecuniaria constituye una reparación completa del daño resultante del fraude (1).

Contra lo que acabamos de enseñar, algunos autores consideran el dolo principal como una causa de inexistencia de los contratos de buena fe (2), mientras otros piensan que un dolo cualquiera, aun cuando fuese accesorio, da lugar á la rescisión de los contratos de derecho extricto (3). La primera opinión establece entre los contratos de buena fe y los contratos de derecho extricto una distinción injustificada; es imposible admitir que el dolo principal excluya ó no el consentimiento de las partes según la naturaleza de la convención (4). La segunda opinión excede el objeto de la pretensión acordada contra el dolo; la parte engañada, aun con ocasión de un contrato de derecho extricto, no podría razonablemente pretender sino la reparación del perjuicio resultante del fraude; la acción de dolo acordada en el caso de un contrato de derecho extricto no tenía otro alcance (5); permitir aquí á la parte, víctima de un dolo simplemente accesorio, provocar la anulación del contrato, es acordarle la reparación de un daño que no ha sufrido (6).

Hasta aquí no nos hemos ocupado sino de los derechos de la parte engañada. En cuanto al contratante autor del dolo, puede pedir que su adversario opte por el mantenimiento ó por la resolución del contrato, porque no debe estar en poder de la parte engañada tener indefi-

(1) D. 19, 1, l. 13, § 4 y l. 32.
(2) Thibaut, I, § 376.
(3) Maynz, II, § 202, p. 166.
(4) Molitor, I, núms. 111 y 112.
[5] D. 4, 3, l. 18, § 4.
[6] Molitor, I, núm. 110.

nidamente en suspenso la suerte de la convención (1). Además, si la convención es rescindida por demanda de la parte engañada, ésta debe restituir lo que ha recibido en ejecución del contrato (2).

2. Cuando las dos partes se han engañado mutuamente, la convención no es más inexistente que en el caso de un dolo unilateral. Ella es simplemente herida de ineficacia respecto de los dos contratantes, en el sentido de que cada uno puede rehusarse á la ejecución del contrato, oponiendo la excepción de dolo. A esta excepción no es admitido el demandante á oponer la réplica de dolo, porque su fraude no es en manera alguna excusado por el del demandado; la justicia exije que no obtenga nada por el fundamento de la convención que ha sorprendido fraudulentamente (3). Pero por otro lado ninguno de les contratantes puede prevalerse del dolo de que ha sido víctima, para reclamar, ya la rescisión del contrato, ya daños y perjuicios (4); esta demanda sería, como la precedente, rechazada por la excepción de dolo; siendo el demandante mismo culpable de fraude no puede reprochar á su cocontratante haberlo engañado; el dolo del cocontratante está compensado por el del demandante (5). De aquí la consecuencia de qüe, si una de las partes ejecuta voluntariamente su obligación, pierde su prestación, porque no puede reclamar ni la ejecución de la obligación de la parte adversa, ni la rescisión del contrato ó daños y

---

[1] D. 19, 1, l. 13, § 27.—Art. 1680 del Cód. civ. cit.

[2] D. eod., l. 11, § 5.

[3] D. 44, 4, l. 4, § 13; *Id.* 50, 17, l. 154.—Art. 1669 del Cód. civ. cit. —Partida 5ª, tít. 11, l. 28.—Sent. del Juzgado 4º Civil de México, 13 de Agosto de 1861 (*Gacet de Trib.*, t. 2. p. 817) y de la 3ª Sala del Trib. Sup. del D. F. de íd., de 10 de Diciembre de 1870 (*El Derecho*, t. 5, p. 433).

[4] D. 4, 3, l. 36.—Art. 1669 del Cód. civ. cit.

[5] D. 2, 10, l. 3, § 3; *Id.* 18, 1, l. 57, § 3.

perjuicios, lo que excluye la repetición de la cosa dada en pago (1). En resumen, el *statu quo* será mantenido en cualquier hipótesis (2), ya sea que el contrato no haya recibido ninguna ejecución, ya sea que haya sido ejecutado por ambas partes ó por una sola.

III. *Vías de derecho resultantes del dolo.* El dolo da lugar á la acción (3) y á la excepción (4) de dolo, así como á la acción que nace del contrato si éste es de buena fe (5). Consideremos de más cerca los dos primeros medios.

A). La acción de dolo es sometida á las reglas siguientes:

1. Ella es arbitraria (6), es decir que el Juez, después de haber reconocido su fundamento, dicta un *arbitrium* expresando que hay lugar á restablecer el estado anterior de cosas, y particularmente, en el caso de un dolo principal, á restituir la cosa con todos sus accesorios (7) y, en el caso de un dolo accesorio, á pagar determinada suma de dinero á título de reparación pecuniaria. Este *arbitrium*, que no era al principio sino un simple consejo (8), se hizo más tarde de una ejecución forzosa (9). Según que recibe ó no su ejecución, el demandado es absuelto (10) ó condenado (11); si la inejecución del *arbitrium* es debida al dolo ó á la culpa grave del demandado, el demandante es admitido *in litem*

---

[1] Arg. D. 50, 17, l. 154.
(2) L. 154 cit.
(3 D. 4, 3, l. 1, § 1.
(4) *Inst.*, 4, 13, § 1; D. 44, 4, l. 2.
(5) *Inst.* 3, 23, § 5; D. 19, 1, l. 11, § 5 y l. 13, § 4.
(6) *Inst.* 4, 6, § 31.
(7) § 31, initio; D. 4, 3, l. 18.
(8) Arg. Gayo, IV, 163.
(9) D. 6, 1, l. 68.
(10) Gayo, IV, 163; D. 4, 3, l. 17.
(11) Gayo, loc. cit.; *Inst.* 4, 6, § 31; D. 4, 3, l. 18.

hasta la concurrencia de una suma determinada por el juez (1). Cuando el fraude ha sido cometido por varios, todos están obligados solidariamente en virtud de la ley (2).

2. Pero el carácter más saliente de la acción de dolo es ser infamante; el demandado condenado incurre en la infamia (3). De aquí el disfavor unido á la acción; había empeño en restringirla desde todos los puntos de vista, lo que explica sus numerosas particularidades:

a.) La acción de dolo no se da sino en tanto que el fraude del cocontratante ha causado un daño de cierta importancia; debe exceder de dos sueldos (cerca de treinta francos) (4).

b.) Ella es subsidiaria á cualquiera otra vía de derecho (5). La aplicación más importante de este principio concierne á los contratos de buena fe; la parte engañada en un semejante contrato dispone de la acción que nace del contrato; esta acción excluye la *actio doli* (6). Del mismo modo, como ya lo hemos comprobado (7), si uno de los contratantes ha sido engañado por un tercero, no puede ejercitar la acción de dolo contra este último cuando tiene excepcionalmente otra acción eficaz contra su cocontratante (8). La acción de dolo es también subsidiaria á la restitución entera, aunque ésta sea igualmente un medio subsidiario;

---

(1) D. 4, 3, l. 18 y § 1 de la misma ley; Van-Wetter, *Cours elem. de droit rom.*, I, § 99.

(2) D. 4, 3, l. 17.

(3) *Inst.* 4, 6, § 2; D. 3, 2, l. 1 y 4, § 5; *Id.* id. l. 1.

(4) D. 4, 3, l. 9, § 5 y l. 10 y 11.

(5) D. 4, 3, l. 1, § 1 y 4; l. 7; C. 2, 20, l. 2.

(6) D. 4, 3, l. 7, § 3 y l. 9.

(7) Núm. I, 5 de este §.

(8) D. 4, 3, l. 7 y 18, § 3.

un menor de 25 años, si ha sido engañado por su cocontratante, debe recurrir á la restitución entera por causa de minoridad, y no á la *actio doli* (1). En fin, esta acción es excluída por una simple excepción (2).

c.) La acción de dolo no se da contra personas á las cuales la parte engañada debe respecto, tales como los padres y el patrono (3), ni contra los herederos del autor del fraude (4). Bajo estos dos aspectos ella es reemplazada por una acción *in factum* para la restitución del beneficio obtenido por el dolo (5).

d.) La acción de dolo se prescribe por un corto espacio de tiempo, á saber, según el derecho clásico, por un año útil (6), y desde Justiniano, por dos años contínuos (7). Pero, después del cumplimiento de esta prescripción, la parte engañada dispone todavía de una acción *in factum*, que es perpétua, para obtener el emolumento que el adversario ha obtenido del dolo (8).

B.) La excepción de dolo es más extensa que la acción de dolo (9). Se da á todos aquellos y contra todos aquellos que figuran en la relación obligatoria creada por la convención fraudulenta (10). Según esto, no pertenece solamente á la parte engañada y á sus herede-

(1) D. 4, 3, l. 1, § 6 y l. 38; *Id.* 4, 1, l. 7, § 1.
(2) D. 4, 3, l. 1, § 4 y l. 25.
(3) D. 4, 3, l. 11, § 1 y l. 13.
(4) Arg. D. 4, 3, l. 29; *Inst.* 4, 12, § 1.
(5) D. 4, 3, l. 11 y 12.
(6) es decir, á partir del descubrimiento del fraude.—C. 2, 20, l. 8.
(7) á partir del día del contrato, l. 8, cit.—*C. Theod.* 2, 15, l. unic.—Art. 1666 del Cód. civ. cit.
(8) D. 4, 3, l. 28 y 29.
(9) D. 44, 4, l. 2.
(10 mientras que la acción de dolo compete solamente á la parte engañada y á sus herederos contra el cocontratante ó el tercero, autor del faaude.—Arts. 1674 del Cód. Civ. cit. y 18 del de Proc. civ. cit.

ros, sino también á su codeudor solidario y á su fiador. (1). Por otra parte, puede ser opuesta al cocontratante autor del dolo y á sus sucesores universales ó particulares; el deudor cedido puede, como lo hemos probado (2), prevalerse de ella contra el cesionario del crédito. Pero si el demandante debe sufrir la excepción por causa del fraude cometido por él mismo ó por su autor en el crédito, no se puede oponerle la excepción en razón del fraude de alguna otra persona. Tal es el caso en que el dolo ha sido cometido por un tercero. O bien un vendedor ha sido engañado por el comprador; éste revende la cosa y la entrega á su cocontratante; después de lo cual el vendedor engañado recobra la posesión de la cosa y el subadquirente revindica contra él. La excepción de dolo no puede serle opuesta, porque no obra como acreedor, sea originario, sea por vía de sucesión, sino como propietario (3). La excepción de dolo es, pues, real (*rei vel causæ cohærens*) activamente del lado del demandado y pasivamente del lado del demandante. Es un error que se la declare frecuentemente personal (*persona coæherens*) del lado del demandante (4).

Acabamos de considerar la acción y excepción de dolo como vías de derecho contra convenciones sorprendidas por maniobras fraudulentas. Pero estos medios tienen un alcance más amplio. La acción de dolo se da también con ocasión de una convención arrancada por una violencia moral; se hace entrar aquí la violencia moral bajo la noción del dolo (5). Se puede igual-

---

(1) Arg. D. 44, 4, l. 2, § 2.

(2) *Supra*, § 69, V, B, 1º.

(3) D. 44, 4, l. 4, § 27; *Supra*, § 69.

(4) D. 44, 4, l. 4, § 16; *Inst.* 4, 13, § 1.

(5) D. 4, 2, l. 14, 13; *Supra*, núm. I, 2º de este §.—Art. 1299 del Cód. civ. cit.

mente oponer la excepción de dolo á una acción cualquiera que, aun siendo rigurosamente conforme al derecho, es sin embargo, contraria á la equidad y á la buena fe (1). La excepción de dolo se da contra aquel que exije la ejecución de un contrato arrancado por violencia moral (2), contra el acreedor que, después de haber remitido la deuda por simple pacto, reclama su pago con menosprecio del pacto (*excepti pacti conventi*) (3), contra el que demanda la ejecución de un contrato bilateral que no ha ejecutado él mismo (*exceptio non adimpleti contractus*) (4) contra el propietario que revindica su cosa que ha vendido y entregado al demandado antes de haber adquirido su propiedad (*exceptio rei venditæ et traditæ*) (5), contra el propietario que revindica una cosa en la cual el demandado ha hecho gastos útiles (6), etc. (7). Para separar esta excepción de dolo de la excepción de dolo propiamente dicha, se llama una general (8), y la otra especial.

Notemos todavía que, del mismo modo que el contratante engañado puede, como demandado, usar de la excepción de dolo, dispone como demandante de una réplica de dolo, si el demandado invoca contra él la convención fraudulenta (9).

§ 95.—*De la violencia.*

I. *Nociones y condiciones.* 1. La violencia (*vis*) consis-

(1) D. 44, 4, l. 2, § 5.
(2) D. eod. l. 4, § 33.
(3) D. eod. l. 2, § 4 y 6.
(4) C. 8, 44, l. 5.—Art. 1434 del Cód. civ. cit.
(5) D. 44, 4, l. 4, § 32.
[6] D. 41, 1, l. 7, § 12.
[7] D. 44, 4, l. 4, § 7; *Id.* 12, 1, l. 18.
[8] D. 44, 4, l. 4, § 33.
[9] C. 8, 35, l. 3.

te en arrancar á alguno la convención por el empleo de la fuerza material ó por amenazas El empleo de la fuerza material constituye una violencia física (1); tal es el caso en que un tercero se apodera violentamente de mi mano, y por medio de ésta traza mi firma sobre un documento. Tal violencia es evidentemente una causa de inexistencia de la convención; no puede tratarse de consentimiento. Siendo inexistente la convención, no hay lugar á hacerla anular; no se anula la nada. Juzgándose que la persona violentada no ha hecho nada, conserva todos sus derechos anteriores; no está obligada á pagar, y si ha perdido la posesión de una cosa, puede reivindicarla como propietario, ó bien, lo que es más ventajoso, hacérsela restituir, por un interdicto recuperatorio de la posesión (2), No hablaremos más de la violencia física, que es muy rara. La violencia moral es la que resulta de las amenazas; las amenazas hacen nacer el temor (*metus*), y éste, violentando á la persona amenazada (*vis*), la determina á contratar. He aquí porque nuestras fuentes designan indiferentemente la violencia moral por las palabras *vis* (3) *metus*, (4) y *vis metusve* (5). Es de la esencia de la violencia moral que el contratante haya sido amenazado de un mal determinado. El simple temor reverencial hacia los ascendientes no tiene este carácter; es inspirado por el respeto y no por amenazas: no constituye, pues, una violencia moral, y en realidad deja libre la voluntad (6). Sería de otra manera si las amenazas habían sido

(1) D. 4, 2, l. 2.
(2) D. 43, 16, l. 1, § 1; *Id.* 43, 31, l. únic., § 1; C. 2, 19, l. 1.—Arts. 857 á 859, 1298, 1299 del Cód. civ. cit., 1184 á 1194 del del Proc. civ. cit.
(3) C. 2, 19, l. 2 y 5.
(4) D. 4, 2, l. 1 y 3.
(5) C. 2, 19, l. 3 y 5; D. 4, 2, l. 1 y 3.
(6) Arg. D. 20, 1, l. 26, § 1; *Id.* 23, 2, l. 22.—Sin embargo, *vide*, D. 44, 5, l. 1, § 5 y 6.—Art. 1300 del Cód. civ. cit.

hechas por el ascendiente (1).

2. El antiguo Derecho Civil de Roma no tomaba más en cuenta la violencia moral que el dolo cometido con ocasión de la conclusión de un contrato (2), y en esto todavía por el motivo de que, no impidiendo la violencia moral el consentimiento de las partes (3), el contrato había llegado á existir (4). Fué el pretor Octavio, otro contemporáneo de Cicerón, quien sancionó con la ineficacia las convenciones arrancadas por amenazas é introdujo la acción *quod metus causa* (5).

3. La violencia moral supone la amenaza de un mal determinado. Pero no hay que atender á la amenaza de un mal cualquiera; el mal debe ser considerable, inminente é injusto.

a.) Debe ser considerable (6), es decir, capaz de hacer impresión sobre una persona razonable (7); en caso contrario, la amenaza no ha debido influir en el contratante. Es preciso, sin embargo, tomar en consideración su edad, su sexo y su condición (8). Pero es indiferente que el mal concierna á su persona ó á sus bienes, ó aun de los terceros, tales como sus hijos, que le toquen de cerca; el peligro que amenaza á éstos ha podido espantarlo tan legítimamente como un peligro personal (9). En particular, implican una violencia moral las amenazas de muerte (10), de secuestro (11), de un

(1) Arg. C. 2, 19, l. 6; *Infra*, § 115, I, 2°.
(2) Cicerón, *in Verrem*, actio II, lib. 3, cap. 65.
(3) *Infra*, núm. II de este §.
(4) D. 4, 2, l. 14, § 13; *Id.* 44, 4, l. 4, § 33.
(5) Cicerón, *in Verrem*, actio II, lib. 3, cap. 65.
(6) D. 4, 2, l. 5.
(7) D. 4, 2, l. 6.
(8) D. 4, 6, l. 3.
(9) D. 4, 2, l. 8, § 3.
(10) D. 4, 2, l. 3, § 1 y l. 7, § 1; C. 2, 19, l. 4 y 7; *Id.* 4, 44, l. 8.
(11) Paulo, I, 7, § 10; D. 4, 2, l. 22 y 23, § 2; *Id* 4, 2, l. 4 y 8, § 1.

atentado al pudor (1), ó bien otras violencias corporales graves (2); esta gravedad es una cuestión de hecho (3). Sucede lo mismo con la amenaza de perseguir á alguno con motivo de un delito castigado con la muerte ó con la privación de la libertad (4); esta amenaza contiene la de muerte ó de prisión (5). Citemos todavía la amenaza de un incendio ó de una devastación (6). La amenaza de una injuria grave es también suficiente (7).

b.) El mal de que el contratante ha sido amenazado, debe haber sido inminente (8), ó muy próximo, de tal manera que el contratante no podía precaverse contra él, reclamando la protección de la autoridad pública ó el socorro de los particulares (9). Si le era posible evitar el mal, era libre para no concluir la convención (10).

c.) El mal debe haber sido injusto; es preciso que el autor de las amenazas no tuviera el derecho de hacerlas (11). Si este derecho le pertenecía, hay lugar á aplicar la regla de que aquel que usa de su derecho á nadie ofende. Según esto, no son tachadas de violencia las convenciones, y especialmente las numerosas estipulaciones necesarias, impuestas por el Magistrado en los

---

(1) D. 4, 2, l. 8, § 2.

(2) D. 4, 2, l. 3, § 1; C. 2, 19, l. 4 y 7; *Id.* 4, 44, l. 8; D. 4, 2, l. 7; *Id.* 50, 17, l. 184; C. 2, 19, l. 9.

(3) D. 4, 6, l. 3.

(4) D. 4, 2, l. 7, § 1 y l. 8 y 23, § 1.

(5) L. 7, § 1 y l. 8 cit.

(6 Arg. D. 4, 2, l. 6.

(7) El D. 4, 2, l. 7 no se aplica sino á las injurias ordinarias; Molitor, I, núm. 117.

(8) C. 4, 44, l. 8.

(9) D. 4, 2, l. 1 y 9.

(10) L. 9 cit.

(11) D. 4, 2, l. 3, § 1.

límites de sus atribuciones (1). Son también válidas las convenciones de hipoteca y otras concluídas por un deudor bajo una amenaza de procedimientos judiciales de parte de su acreedor; todo acreedor tiene el derecho de amenazar á su deudor con una acción judicial. O bién alguno, después de haber contraído un compromiso bajo el imperio de amenazas, se hace libertar por su adversario, dirigiéndole á su turno amenazas; él tenía el derecho de deshacer por la violencia, la convención que le había sido arrancada (2). Por el contrario, hay violencia moral cuando se amenaza á alguno con acusarlo de un delito castigado con la muerte ó con prisión, y así se le determina á subscribir una convención para substraerse á la acusación (3). Sin duda aquel que puede acusar á un delincuente ante los Tribunales, puede también amenazarlo con el ejercicio de este derecho; pero no es permitido aprovecharse de tal derecho para arrancar una convención; ésta ha sido determinada injustamente por la amenaza de la pena dictada contra el delito (4). Sería lo mismo si se hubiera arrancado la convención por una amenaza de muerte ó de secuestro contra el delincuente, aunque se tuviera el derecho excepcional de matarlo sin incurrir en pena alguna; este derecho no justifica absolutamente el arrancamiento de un contrato (5).

Pero no es necesario que las amenazas emanen del cocontratante; pueden provenir de un tercero, con ó sin la complicidad de la parte adversa; basta que la convención misma sea tachada de violencia (6). En conse-

---

(1) L. 3, § 1 cit.; *Infra*, § 113, I.
(2) D. 4. 2, l. 12, § 1; Pothier, *Pand*, 4, 2.
(3) D. 4, 2, l. 7, § 1, l. 8 y 23, § 1.
(4) L. 8 cit.
(5) D. 4, 2, l. 7.
(6) D. 44, 4, l. 4, § 33; *Id.* 4, 2, l. 9, § 1.—Art. 1298 del Cód. civ. cit.

cuencia, la parte violentada puede limitarse á producir esta última prueba (1). En efecto, el autor de las amenazas es generalmente desconocido; no tiene cuidado de hacerse conocer (2). Si, pues, se exigía de la parte violentada la prueba de que las amenazas provienen del cocontratante, se le impondría muy frecuentemente una prueba imposible; el contrato arrancado sería mantenido y este resultado sería tanto más injusto cuanto que en realidad el cocontratante es casi siempre, si no el autor, al menos el cómplice de las amenazas y el que recogería así el premio de su violencia. Se sigue otra regla para el dolo, porque el autor de las maniobras fraudulentas no se oculta las más veces (3). Pero es preciso en todos los casos que la convención misma esté infectada de violencia; es decir, que las amenazas hayan tenido por objeto hacer concluir la convención; no basta que hayan sido solamente la ocasión del contrato. Si una persona es amenazada por malhechores, ella contrata válidamente con un tercero de buena fe, para substraerse al mal que la amenaza (4).

II. *Efectos de la violencia moral.* La violencia moral no es una causa de inexistencia de las convenciones; autoriza solamente para demandar su rescisión. Ella no excluye el consentimiento de las partes; un consentimiento obtenido por amenazas no es menos un consentimiento; hay que decir del contratante violentado "*coactus voluit sed tamen voluit*" (5). Ahora bien, el consentimiento de las partes da existencia á la convención (6). Pero la violencia moral justifica de una manera ge-

(1) D. 4, 2, l. 14, § 3.
(2) L. 14, § 3 cit.
(3) *Supra*, § 94, I, 5°.
(4) D. 4, 2, l. 9; Paulo, I, 7, § 5.
(5) D. 4, 2, l, 21, § 5.
(6) *Supra*, § 94, II, 1°; C. 2, 19. l. 3, 4, 5, 7, 11 y 12; *Id.* 4, 44, l. 1 y 8,

neral la rescisión del contrato (1); porque ella es siempre su causa determinante; ella determina en todos los casos á aceptar un contrato que de otro modo no se hubiera aceptado en manera alguna. Una distinción entre una violencia principal y una violencia accesoria carece de objeto; toda violencia es principal (2). Independientemente de la rescisión del contrato arrancado, la parte violentada tiene derecho á todos los demás daños y perjuicios (3).

Las reglas que acabamos de formular, son combatidas por algunos autores. Se ha sostenido que la violencia moral empleada con ocasión de un contrato de buena fe, lo hacía inexistente ó bien daba lugar á simples daños y perjuicios, según que la violencia moral fuese principal ó accesoria (4). Este sistema supone arbitrariamente que las amenazas podrían á la vez excluir ó no excluir el consentimiento, según que se tratase de contratos de buena fe ó de contratos de derecho extricto. En cuanto á la violencia accesoria que se pretendería hacer admitir, ella no existe absolutamente (5).

Añadamos, como en el caso de dolo, que el cocontratante de la parte violentada puede forzar á ésta á manifestarse por el mantenimiento ó por la rescisión del contrato (6), y que si el contrato es rescindido, la parte violentada está obligada á restituir lo que ha recibido en ejecución del contrato (7).

III. *Vías de derecho resultantes de la violencia moral.* La

---

(1) D. 4, 2, l. 1, 21, § 1; C. 2, 19, l. 7 y 12; D. 4, 2, l. 9, § 5, 7, 12 y 14. § 6.

(2) D. 4, 2. l. 14, § 13.

(3) *Inst.* 3, 23, § 5; D. 18, 1, l. 62, § 1.

(4) Thibaut, I, § 379, núm I..

(5) D. 4, 2, l. 21, § 3; Molitor, I, núms. 118 y 121.

(6) Arg. D. 19, 1, l. 13, § 27.

(7) C. 2, 19, l. 3 y 4; *Supra*, § 94, II, 1º—Art. 1680 del Cód. civ. cit.

violencia moral produce múlt ples medios de derecho, á saber, la acción (1) y la excepción (2) de violencia (*actio et exceptio quod metus causa*), la acción que nace del contrato si éste es de buena fé (3), la restitución *in integrum* (4) y aun la acción (5) y la excepción (6) de dolo; porque el dolo entendido en un sentido lato comprende la violencia moral (7). Deténgamonos en la acción y en la excepción de violencia.

A.) La acción de violencia está sometida á las reglas siguientes:

I. Ella es arbitraria (8), como la acción de dolo (9). El *arbitrium* tiene por objeto el restablecimiento del estado de cosas anterior y particularmente la restitución de la cosa arrancada por violencia con todos sus accesorios; es la consecuencia de la rescisión del contrato (10). Pero la condenación, si debe ser pronunciada, tiene un carácter penal; consiste en el cuádruple de los daños y perjuicios. Él simple constituye la reparación pecuniaria, el triple suplementario la pena (11). En el caso en que la inejecución del *arbitrium* es causada por el dolo ó la culpa grave del demandado, el demandante está autorizado para fijar él mismo bajo la fe del juramento el monto de los daños y perjuicios, sin poder exceder del máximum determinado por el juez (12).

---

(1) D. 4, 2, l. 1 y 9; C. 2, 19, l. 4 y 7.
[2] *Inst.* 4, 13, § 1, D. 14, 2, l. 9, § 3; *Id.* 44, 4, l 4, § 33.
[3] Arg. D. 50, 17, l. 116; C. 4, 44, l. 8.
[4] Paulo, I, 7, § 2; D. 4, 1, l. 1; *Id.* 4, 2, l. 9, § 4.
[5] D. 4, 2, l. 14, § 13.
[6] D. 44, 4, l. 4, § 33.
[7] *Supra*, § 94, I, 2º.
[8] *Inst.* 4, 6, § 31; D. 4, 2, l. 14, § 4.
[9] *Supra*, § 94, III, A.
[10] D. 4, 2, l. 9, § 5 y 7, l. 12, 14, § 6, C.
(11) *Inst.* 4, 6, § 25; D. 4, 2, l. 14, § 1, 3, 4, 7, 10 y 14, L. 21, § 2.
(12) D. 4, 3, l. 18.

La acción *quod metus causa* no dura con este alcance penal sino durante un año útil (1); expirado este plazo, no se da ya sino por los simples daños y perjuicios (2), y haciéndose al mismo tiempo subsidiaria, no se da ya sino á falta de otra acción (3).

2. La acción de violencia es *in rem scripta* (4). Esto quiere decir que no se da solamente contra el cocontratante ó el tercero autor de las amenazas, y contra sus herederos, sino contra cualquier tercero que se haya aprovechado de la violencia; según el jurisconsulto romano, el tercero no debe enriquecerse con detrimento de la parte violentada (5). Así está sometido desde luego á la acción el cocontratante mismo, aun cuando hubiera quedado extraño á las amenazas (6), ó bien no tuviera ya la posesión de la cosa arrancada por su violencia (7). Está sometido de la misma manera á ella el tercero culpable de la violencia, importando poco también que haya conservado ó no la posesión de la cosa arrancada por violencia (8). Si la violencia ha sido cometida por varios, existe entre ellos una solidaridad legal (9). La acción pasa, además, á los herederos del cocontratante ó del tercero autor de las amenazas (10); pero, como ella tiene una tendencia penal, el heredero no está obligado sino hasta la concurrencia del beneficio que ha obtenido de las ame-

(1) C. 2, 19, l. 4.—Art. 1667 del Cód. civ. cit.
(2) L. 4, cit.; D. 4, 2, l. 14, § 1.
(3) C. 2, 19, l. 4; D. 4, 2, l. 14, § 1 y 2.
(4) D. 4, 2, l. 9, § 8.
(5) D. 4, 2, l. 9, § 8, y l. 4, § 5 y 3.
(6) D. 4, 2, l. 14, § 3.
(7) D. 4, 2, l. 14, § 5.
(8) D. 4, 2, l. 14, § 15 y l. 15.
(9) *Id.*, *Id.*
(10) D. 4, 2, l. 16, § 2.

nazas (1). En fin, la acción *quod metus causa* se da contra cualquier tercero que se haya beneficiado con la violencia, en restitución de tal beneficio (2), y particularmente contra cualquier tercero detentador de la cosa arrancada por violencia en los límites de su enriquecimiento (3); ella sigue á la cosa arrancada por violencia á cualesquiera manos á que ella pase. A pesar de esta circunstancia, la acción *quod metus causa* es personal y no real; no se funda sobre ningún derecho real y el demandante no debe probar que tal derecho le pertenece; la acción se basa sobre la obligación de restituir la cosa arrancada por amenazas, y el demandante puede limitarse á probar las amenazas empleadas con ocasión del contrato; ellas justifican su derecho de crédito. Si en el caso es dada una acción personal contra cualquiera detentador, es porque la obligación de restituir la cosa arrancada por violencia es unida por la ley á la simple detención de esta cosa y por tanto se transmite á cada nuevo detentador; la acción personal ofrece así la apariencia de una acción real. Hemos dicho que los herederos del cocontratante ó del tercero autor de la violencia, como los terceros extraños á ésta, deben restituir solamente el beneficio que han obtenido de ella. Pero, si no hacen esta restitución después del *arbitrium* del juez, son condenados al cuádruple (4), al menos si la acción es intentada en el año útil; después de este año, no se da ya sino por el beneficio (5).

B.) La excepción de violencia pertenece á todos los que se encuentran obligados por la convención vio-

---

(1) D. 4, 2, l. 16, § 2; l. 7, y 20; *Id.* 50, 17, l. 127; *Id.* 4, 2, l. 18.

(2) D. 4, 2, l. 9, § 8 y l. 14, § 3 y 5.

(3) D. 4, 2, l. 14, § 5; C. 2, 19, l. 3; D. 4, 2, l. 14, § 5.

(4) Arg. D. 4, 2, l. 14, § 5.

(5) Arg. C. 2, 19, l. 4, y D. 4, 2, l. 14, § 1, l. 21, § 1 y l. 17.

lenta; luego á la parte violentada, á sus herederos, á su codeudor solidario y á su fiador (1). Ella es más extensa del lado del demandante; desde este punto de vista es *in rem scripta* como la acción de violencia (2); puede ser opuesta á cualquiera que se prevale de la convención violenta (3); luego al cocontratante (4), importando poco que no haya tomado ninguna parte en la violencia (5), á sus herederos, al cesionario del crédito resultante de la violencia (6), y aún á un tercero completamente extraño á la relación obligatoria creada por la convención (7). Supongamos una violencia moral cometida contra un vendedor; el comprador revende la cosa y la entrega al sub-adquirente; más tarde, habiendo el vendedor violentado recobrado la posesión de la cosa, el sub-adquirente revindica contra él. Puede ser rechazado por la *exceptio quod metus causa* (8).

Hemos indicado cuatro acciones que nacen de la violencia moral, la *actio quod metus causa*, la acción del contrato de buena fe, la restitución entera y la *actio doli*. La parte violentada tiene la elección entre estas diferentes demandas (9), salvo que la restitución entera es subsidiaria á la acción del contrato de buena fe (10) y que la *actio doli* se limita á los contratos de derecho ex-

---

(1) Arg. D. 44, 4, l. 2, § 2.
(2) D. eod. l. 4, § 33.
(3) L 4, § 33 cit.
(4) *Id.*, *Id.*
(5) *Supra*, § 94, III, B.
(6) *Supra*, § 69, V, B, 1°.
(7) D. 44, 4, l. 4, § 33, *Supra*, § 94, III, B.
(8) Arg. l. 44, § 33 cit.
(9) D. 4, 2, l. 21, § 6.
(10) No hay motivo para derogar este carácter general de la restitución *in integrum*.

tricto (1). Se sigue de esto que si se trata de un contrato de buena fe, la parte violentada puede intentar libremente la acción *quod metus causa* ó la acción del contrato y, subsidiariamente á esta última, pedir la restitución *in integrum* (2). En el caso de un contrato de derecho extricto, dispone á su elección de la *actio quod metus causa*, de la restitución entera y de la *actio doli*. El ejercicio de una de estas acciónes extingue las otras (3).

§ 96.—*De la simulación.*

1. La simulación consiste en aparentar que se quiere concluir una convención que en realidad no se quiere concluir. Es claro que ella es una causa de inexistencia de la convención simulada, puesto que no hay consentimiento verdadero. Por ejemplo, por vía de cortesía declaro prometeros 1,000 sestercios; vos aceptáis (4), ó bien, á título de ejercicio, redacto un pagaré en vuestro favor (5). En ambos casos nada ha sido hecho (6), y por consiguiente, si una cosa ha sido entregada con la intención simulada de transferir su propiedad, la enajenación es nula y el *tradens* puede revindicar aun contra los terceros (7). Pero la simulación no se presume; á la parte que la alega toca probarla; el consentimiento expresado se reputa real y serio en tanto que no es establecido lo contrario.

(1) La razón es que la *actio doli* es subsidiaria.

(2) Particularmente si la acción del contrato es ineficaz por la insolvencia del cocontratante [C. 2, 19, l. 3].

(8) D. 4, 2, l. 14, § 13.

(4) D. 44, 7, l. 3, § 2.—Arts. 1684 y 1685 del C. Civ. cit.

(5) L. 3, § 2 cit.

(6) L. 3, § 2 cit.; D. 44, 7, l. 54; *Id.* 18, l. l. 55; *Id.* 18, 2, l. 4, § 5; *Id.* 23, 2, l. 30.

(7) D. 18, 1, l. 55.

2. Sucede frecuentemente que, aun simulando una determinada convención, se quiere concluir otra, que se disfraza con la primera. En este caso la convención disfrazada es válida, con tal de que reuna las condiciones que le son propias, porque á su respecto existe un verdadero consentimiento. De aquí el adagio: *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur* (1). Declaro venderos un fundo de tierra por 5,000 francos, estipulando el precio *pro forma*; no hay venta; las partes no han querido vender y comprar, puesto que no han querido fijar un precio de venta (2). Pero hay donación, si las condiciones de ésta están llenadas; tal es la voluntad de las partes (3). Sin embargo, la donación sería igualmente nula si, siendo superior á 500 sueldos (cerca de 7,500 francos), no hubiera sido insinuada, ó bien si el donatario era incapaz de recibirla (4).

§ 97.—*De la condición.*

I. Nociones generales. A). La condición (*condicio*) es la cláusula por la cual las partes subordinan la eficacia de su convención á un acontecimiento futuro é incierto (5). Así:

1. La condición supone una incertidumbre sobre la eficacia, sobre la suerte del contrato; debe haber duda sobre si el contrato producirá sus efectos. Si es cierto que él los producirá, no es condicional, sino puro y simple ó bien á plazo. Si es cierto que quedará sin efecto,

(1) C. 4, 22, l 1.
(2) D. 18, 1, l. 36.
(3) C. 4, 38, l. 3 y 9.
(4) D. 24, 1, l. 32, § 24 y 25.—Art. 2607 del Cód. civ. cit.
(5) *Inst.* 3, 15, § 4; *Id.* 3, 19, § 11; D. 14, 2, l. 10, § 1.—Art. 1329 del Cód. civ. cit.

es inexistente. Precisamente porque la duda sobre la suerte del contrato es de la esencia del contrato condicional, la condición supone un acontecimiento futuro é incierto.

a.) El acontecimiento debe ser futuro (1). Un acontecimiento pasado ó presente no constituye jamás una condición; por ejemplo, yo os compro vuestro caballo "si el mío ha muerto" (2); os prometo 1,000 "si tal persona está viva todavía" (3), ó bien "si habéis estado en París la semana última;" os vendo grano "si tal navío está actualmente en el puerto" (4). En efecto, de dos cosas una; ó bien el acontecimiento pasado ó presente al cual las partes se han referido, ha sucedido realmente, ó bien no ha sucedido. En el primer caso, el contrato es puro y simple, porque no hay ninguna incertidumbre sobre su suerte; es perfectamente cierto que producirá sus efectos, importando poco que las partes lo ignoren; su ignorancia no impide el hecho material [5]. En el segundo caso, no hay absolutamente contrato, puesto que no es menos cierto que está condenado á quedar desprovisto de efecto; la ignorancia de las partes á este respecto es también indiferente (6). Se sigue de aquí que si una venta ha sido subordinada á un acontecimiento presente, y éste ha sucedido, el riesgo es de una manera absoluta para el comprador; admitiendo una venta condicional, la pérdida total recaería sobre el vendedor.

b.) El acontecimiento constitutivo de la condición

(1) D. 12, 1, l. 39.

(2) *Supra*, 93, IV, 1°.

(3) *Inst.*, 3, 16, § 6; D. 12, 1, l. 37.

(4) D. 28, 7, l. 10, § 1; *Inst.* 3, 15, § 6; D. 45, 1. l. 120

[5] *Inst.* 3, 15, § 6; D. 12, 1, l. 37 y 38; *Id.* 45, 1, l. 100 *Contra:* Art. 1330 del Cód. civ. cit.

[6] *Inst.* 3, 15, § 6; D. 45, 1, l. 100 y 120.

debe, además, ser incierto, *incertus an*, según el lenguaje de la escuela; debe haber duda sobre si él sucederá. Si es cierto, si debe necesariamente producirse, no forma una condición; porque no existe ninguna incertidumbre sobre la suerte del contrato (1). Es necesario decidirlo así, aunque no se conozca la época precisa de la realización del acontecimiento; el motivo de la regla subsiste. Tal es el caso en que yo os prometo 1,000 "á la muerte de mi tío" (2); esta promesa no es más condicional que la de pagar 1,000 "en el próximo eclipse de sol," acontecimiento futuro cuyo instante preciso se conoce de antemano. Las dos promesas son á plazo. La condición y el plazo tienen este carácter común, que se refieren al porvenir; pero, á diferencia de la condición, el plazo debe llegar necesariamente. En consecuencia, si aquel que ha prometido 1,000 "á la muerte de su tío" paga en vida de éste último, en la creencia de su muerte, no puede repetir (3), mientras que como deudor condicional lo podría. Del mismo modo, no hay condición cuando el acontecimiento futuro es físicamente imposible, es decir, contrario á las leyes de la naturaleza [si vos entregáis tal cosa y esta cosa ha perecido] (4); "*si cœlum digito attigeris* (5), ó bien cuando debe necesariamente suceder [si el próximo eclipse de sol se produce en el día anunciado; *si cœlum digito non attigeris* (6). Uno y otro acontecimiento son ciertos. Es constante que el acontecimiento físicamente imposible no se realizará; luego la convención es nula (7). Es no menos cierto que el aconteci-

[1] D 46, 2, l. 9. § 1.
[2] Arg, D. 12, 6. l. 17.
[3] L. 17 cit.—Arts 1339 y 1859 del Cód. civ. cit.
[4] D. 33, 4, l. 12.—Art. 1354 del Cód. civ. cit.
[5] *Inst.* 3, 19, § 11.
[6] *Inst.* 3, 19, § 11.
[7] § 11 cit; D. 45, 1, l. 7; *Id* 44, 7, l. 31.—Art. 1354 cit.

miento necesario sucederá en un porvenir más ó menos lejano („si el próximo eclipse de sol se produce en el día anunciado,„) y aún existe inmediatamente si la cláusula consiste en la falta de realización de un acontecimiento físicamente imposible (*si cælum digitto non attigerit*); luego la convención es á plazo ó bien pura y simple (1), en el primer caso, se habla de una condición imposible (2), y en el segundo, de una condición necesaria (3); á decir verdad, no hay condición (4). Pero la condición debe ser considerada como posible, y por tanto, el contrato es válido, si el acontecimiento, aun siendo imposible al tiempo del contrato, puede hacerse posible más tarde á consecuencia de un cambio de circunstancias, con tal que las partes hayan contratado en vista del cambio, lo que supone que estaba en el orden natural de las cosas (5).

De otro modo, todo acontecimiento futuro ó incierto constituye una condición. Hay condición aunque se conozca de antemano la época precisa de la realización del acontecimiento, para el caso en que sucediera („si Ticio alcanza la edad de 25 años„); esta circunstancia no impide que el acontecimiento mismo sea incierto (6). Se ha llamado esta modalidad *dies incertus an, incertus quando*. Es una condición absolutamente ordinaria (7). No hay menos condición cuando, refiriéndose á un acontecimiento futuro é incierto, las partes se han servido de expresiones empleadas habitualmente para la designación de un simple plazo („*cuando*

(1) *Inst.* 3, 19, § 11; D. 45, 1, l. 7; Arg. D. 12, 6, l. 18.
(2) *Inst.* 3, 19, § 11; D. 44, 7, l. 31.
(3) D. 12, 6, l. 18.
(4) D. 50, 17, l. 77.
(5) Savigny, III, § 121.
(6) D. 36, 2, l. 22.
(7) Bufnoir, p 14 y 15.

Ticio fuere cónsul": "*cum Titius consul fuerit*"; "*el día en que* fuere cónsul"); estas locuciones no disminuyen la incertidumbre del acontecimiento (1). Es, pues, todavía impropiamente como se aplica á esta modalidad la calificación de *dies incertus* (2) ó de *dies incertus an, incertus quando*. Hay también condición cuando expresiones usadas para la designación de un plazo han sido empleadas con respecto á un acontecimiento incierto que, cuando se realiza, sucede en día fijo, por ejemplo: "*cuando* Ticio tuviere 25 años" (*cum Titius annorum viginti quinque factus erit*) ó bien *el día que* Ticio tuviere 25 años". Aquí todavía las partes no han querido contratar sino en tanto que un acontecimiento incierto se realizara, para el caso en que Ticio cumpliera 25 años; si ellas no hubieran tenido en mira sino un plazo, se habrían limitado á indicar el plazo que separaba á Ticio de su mayor edad; refiriéndose á ella, han querido hacer depender su convención del cumplimiento de esta mayor edad (3). Se sigue de aquí que la convención se reputa no verificada si Ticio muere antes de 25 años; porque la condición ha faltado. Sin embargo, una voluntad contraria de las partes puede resultar de las circunstancias (4)

2. Para que exista una verdadera condición, es necesario, además, que la convención dependa de un acontecimiento futuro é incierto en virtud de una cláusula especial del contrato, expresa ó tácita. Si la convención depende de pleno derecho de un acontecimiento futuro é incierto, no es menos pura y simple; es el contrato tal como es naturalmente; las partes lo han

(1) D. 12, 6, l. 48; Arg. D. 36, 2, l. 21.
(2) L. 21 cit.; D. 12, 6, l. 16, § 1.
(3) D. 36, 2, l. 22.
(4) Arg. D. 36, 1, l. 48; C. 2, 33, l. 12.

concluído en toda su sencillez (1). Es así cómo la constitución de dote es una convención pura y simple, aunque su eficacia dependa del matrimonio subsecuente (2). El contrato no cesa aún de ser puro y simple cuando las partes han declarado subordinarlo al acontecimiento de que dependía por su naturaleza, porque esta enunciación no modifica en nada los efectos del contrato (3). El contrato no se hace condicional sino cuando la declaración de las partes lo subordina á un acontecimiento futuro é incierto de que no depende de pleno derecho (4). Es, pues, poco correcto llamar condiciones legales ó tácitas (*condiciones juris vel tacitæ*) á los acontecimientos futuros é inciertos de que ciertas convenciones dependen de pleno derecho (5).

B.) Las condiciones pueden ser añadidas á convenciones de la más diversa naturaleza, desde luego á aquellas que tienen por objeto crear derechos (á la venta, al arrendamiento, á la sociedad, á la donación, etc.); también á convenciones que tienden á modificar derechos (después de haber concluído un contrato de venta, introducimos cambios; pero subordinando nuestra convención subsecuente á una condición); en fin, á convenciones que tienen por objeto extinguir derechos, á convenciones de rescisión. Bajo el primer aspecto, dos hipótesis pueden presentarse: ó bien después de haber concluído una convención, las partes convienen inmediatamente en que ella será rescindida bajo determinada condición; por ejemplo, rescinden una venta «si el comprador no paga el precio dentro del mes,» ellas hacen una novación condicional, etc.; ó bien, en

(1) Arg. D. 35, 1, 99.
(2) D. 23, 3, l. 21 y 68; *Id.* 50, 17, l. 77.—Art. 2119 del Cód Civ. cit.
(3) Arg. D. 28, 5, l. 70.
(4) Arg. D. 35, 1, l. 69.
(5) Vangeron, I, § 93.

el momento mismo de concluir una primera convención, las partes verifican una segunda, en los términos de la cual la primera quedará rescindida bajo determinada condición; por ejemplo, á una venta se añade la cláusula de que será rescindida si el comprador no paga el precio dentro del mes. No es dudoso que, cuando la convención de rescisión es subsecuente, es muy distinta de la convención originaria (de la venta); se han formado dos convenciones completamente independientes una de otra; la primera es pura y simple; la segunda, es concluída bajo una condición enteramente ordinaria; solamente que ella es añadida á una convención que tiende á la rescisión de la primera. Pero no es de otra manera cuando, en el momento mismo de la conclusión de un contrato tal como la venta, se conviene en su rescisión condicional; aquí igualmente se está en presencia de dos convenciones propias é independientes, de las cuales una es pura y simple, y otra concluída bajo una condición que no ofrece nada de particular; solamente la segunda convención, la que es condicional, tiene por objeto rescindir la primera. Tal es tambien el punto de vista de nuestras fuentes. Del mismo modo que se dice de un contrato de venta concluído bajo condición *sub conditione contrahitur emptio* (1), así también la convención que rescinde condicionalmente la venta, es caracterizada por la expresión *sub conditione resolvitur emptio* (2); es la prueba de la identidad completa de las dos condiciones añadidas una á la venta, otra á la convención de rescisión de la venta. Además, de la venta acompañada de la convención condicional de rescisión, se dice en numerosas ocasiones que es pura y simple, *pura est* (3); luego la venta y

(1) D. 18, 3, l. 1; *Id.* 41, 4, l. 2, § 4.
(2) D. 18, 1, l. 3; *Id.* 18, 2, l. 2; *Id.* 41, 4 l. 2, § 4.
(3) D. 18, 2, l. 2; *Id.* 41, 4, l. 2, § 5; *Id.* 44, 7, l. 44, § 2.

la convención condicional de rescisión son consideradas como completamente distintas; una es pura y simple, la otra condicional. Sin embargo, los comentadores del Derecho Romano han dado á la condición de la última especie el nombre especial de condición *resolutoria*, porque es añadida á la *rescisión* de un contrato (1); le oponen la condición ordinaria llamándola condición *suspensiva*, porque ella suspende el contrato mismo (2). Esta terminología no está al abrigo de la crítica; toda condición es esencialmente suspensiva, y suspensiva en el mismo sentido; suspende la convención á la cual es añadida. La condición llamada resolutoria tiene también este carácter: *suspende* la convención de rescisión del contrato principal. Sin embargo, importa designarla por un término particular, á efecto de evitar circumlocuciones, y por falta de una expresión más apropiada, nos serviremos de la consagrada por el uso. Distinguiremos, pues, una condición suspensiva y una condición resolutoria, según que la condición es añadida al contrato mismo ó á su resolución (3). Es de notarse que toda condición resolutoria supone dos convenciones; una es pura y simple, otra es una convención condicional de rescisión del contrato principal; por ejemplo, se conviene en que la venta será rescindida "si el comprador no paga el precio dentro del mes." Desde el punto de vista de la segunda convención, son invertidos los papeles de las partes, tales como resultaban del contrato principal; el acreedor originario se hace deudor condicional de restitución, y el deudor ori-

(1) D. 18, 1, l. 3; *Id.* 18, 2, l. 2; *Id.* 18, 3, l. 1; *Id.* 41, 4, l. 2, § 4.

(2) Arg. C. 4, 8, l. 5; *Id.* 8, 53, l. 25.—Arts. 1331 y 1332 del Cód. civ. cit.

(3) La distinción no es completamente extraña á nuestras fuentes; *Vatic. fragm.*, 50; D. 8, 1, l. 4; *Id.* 18, 1, l. 3 y 4, § 5; *Id.* 18, 3, l. 1; *Id.* 19, 5, l. 20, § 1.

ginario, acreedor condicional de restitución. En el caso de una venta hecha bajo condición resolutoria, el comprador debe restituir condicionalmente la mercancía y el vendedor tiene derecho á esta restitución; el vendedor debe restituir condicionalmente el precio, y el comprador puede exigir este reembolso. Por derogación de la regla que permite añadir condiciones á cualesquiera convenciones, la aceptilación, que pertenece á la categoría de los actos jurídicos llamados legítimos (*actus legitimi*), excluye toda condición (1). Esta prohibición depende de la ficción de pago sobre la cual se basa la aceptilación (2); un pago condicional es un contrasentido; desde entonces la ficción de un pago condicional no se comprende tampoco (3). Además, según el Derecho Civil Romano, el contrato verbal de estipulación no admitía condición resolutoria; si una condición de esa especie ha bía sido añadida á la estipulación, ésta se reputaba pura y simple, *detracta condicione*. El motivo era tal vez que la estipulación bajo condición resolutoria contenía una estipulación pura y simple, y una convención condicional de rescisión; esta última convención debía ser considerada como no efectuada, puesto que, á su respecto, no había habido ni pregunta del deudor originario, ni una respuesta correspondiente del acreedor originario. Pero el pretor hizo válida la estipulación bajo condición resolutoria, acordando una excepción de dolo al promitente, que era demandado después del cumplimiento de la condición (4).

c). La condición importa una derogación del derecho común de las convenciones; hay, pues, lugar á aplicar-

---

(1) D. 50, 17, l. 77.
(2) *Inst.* 3, 29, § 1.
(3) Art. 1514 del Cód. civ. cit.
(4) D. 44, 7, l. 44, § 2.

le las reglas que rigen las excepciones de los principios de derecho. Ella no se presume; al que la alega corresponde probarla; el deudor demandado por ejecución de un contrato que el acreedor pretende ser puro y simple y que él, el deudor, sostiene haber sido concluído bajo condición, soporta el cargo de la prueba (1). De otro lado las condiciones son de extricta interpretación; en la duda sobre su extensión, se las debe restringir más bien que extender. De aquí la consecuencia de que cuando hay duda sobre si la condición es suspensiva ó resolutoria, hay lugar á pronunciarse por la condición resolutoria; ésta deroga menos el derecho común de las convenciones; no impide que el contrato principal produzca provisionalmente todos sus efectos, mientras que la condición suspensiva detiene éstos (2).

II.—*Divisiones*. 1. Recordemos desde luego la división de las condiciones en suspensivas y resolutorias, según que son añadidas al contrato mismo ó á su resolución, y particularmente al tiempo de la conclusión del contrato principal (3).

2. Las condiciones son casuales, potestativas ó mixtas (4).

a). Las condiciones casuales (*condiciones casuales*) son aquellas que consisten en un acontecimiento independiente de la voluntad de una de las partes contratantes. Es la categoría más numerosa y más importante. Comprende todos los acontecimientos que dependen ya del azar (5), ya de la voluntad de un tercero. Nada impide aún subordinar el contrato á la pura voluntad, al *merum arbitrium* de un tercero; la venta por la cual las

---

(1) Arg. C. 6, 24, l. 9; Pothier, *Pand.*, 31, 1, n. 18.
(2) D. 18, 2, l. 2; *Id.* 18, 3, l. 1; *Id.* 41, 4, l. 2, § 3 y 4.
(3) *Supra*, núm. I, B de este §.
(4) C. 6, 51, l. unic., § 7.—Arts. 1333 y 1334 del Cód. civ. cit.
(5) L. únic., § 7 cit.—Art. 1333 del Cód. Civ. cit.

partes refieren la fijación del precio á un tercero, nos da un ejemplo de ello. Es verdad que los jurisconsultos romanos habían cuestionado la validez de esta venta (1); pero Justiniano condenó su teoría (2).

b). Las condiciones potestativas (*condiciones potestativæ*) son aquellas que consisten en un acontecimiento que depende de la voluntad de una de las partes contratantes (3). Son de dos especies: potestativas puras ó potestativas mixtas, según que dependen de la voluntad pura y simple, del *merum arbitrium* de uno de los contratantes, ó bien de un hecho que está en su poder. El tipo de la primera especie es la condición "*si voluero.*" A la segunda especie pertenecen las condiciones "si yo voy á París," "si yo subo al Capitolio," "si yo no voy á París," "si yo no subo al Capitolio." La cláusula penal es hecha bajo una condición de la misma naturaleza: "si el deudor no ejecuta su obligación principal (4)." Pero no es permitido añadir á un contrato indistintamente toda clase de condiciones potestativas. Se admiten sin restrinción las potestativas mixtas (5), y con razón; porque si ellas debilitan el lazo obligatorio resultante del contrato, no lo destruyen absolutamente; cuando alguno se ha comprometido para el caso en que fuera á París, está plenamente obligado desde el momento que ha estado en París; no está ya en su poder desobligarse; era preciso, pues, reconocer el lazo obligatorio para esta eventualidad Se puede también añadir á un contrato una condición potestativa pura del lado del *estipulante* (*si voluero* ó *cum voluero*), ó más bien

(1) Gayo, III, 140.

(2) C. 4, 38, l. 15; *Inst.* 3, 23, § 1.—Arts. 2813 y 1814 del Cód. civ. cit.

(3) C. 6, 51, l, unic., § 7.—Art. 1334 del Cód. civ. cit.

(4) *Supra*, § 25 y 27.—Art. 1334 cit.

(5) D. 45, 1, l. 10 y 27, § 1; l. 99, § 1 y l. 115, § 1.

tal condición es simplemente aparente: aun cuando se ha estipulado sin la cláusula "*si voluero,*" se es libre para no reclamar el pago del deudor; la cláusula "*si voluero*" es, pues, una superabundancia y no una condición (1) Pero la condición potestativa pura del lado del *promitente* (*si voluero* ó *cum voluero*) anula la convención, porque destruye el lazo obligatorio; una obligación que depende de la voluntad pura y simple del deudor, no tiene ningún carácter jurídico, y por tanto debe suceder lo mismo con la convención (2). La regla se aplica á las convenciones sinalagmáticas como á las unilaterales, en el sentido de que si la obligacion de una de las partes depende de su sola voluntad, esta parte no queda obligada (3). Pero la nulidad de esta obligación no impide que la convención sea válida en cuanto á lo demás. Si la parte de quien depende el contrato bilateral, manifiesta la voluntad de concluirlo, el contrato bilateral se forma, porque las dos partes han consentido ahora; la una había ya dado un consentimiento sin reserva, y la otra en cuyo poder se encontraba el contrato, acaba de consentir por su lado (4). Tomemos una venta concluída bajo condición de prueba ó de ensayo de parte del comprador; este último no contrae provisionalmente ninguna obligación; pero el vendedor está obligado para el caso en que el comprador aceptara la mercancía, y si la acepta realmente, ambas partes quedan obligadas en virtud de la venta, en la cual cada una ha consentido (5). Del mismo modo la promesa unilateral, ya de vender, ya de comprar, bajo una condición potestativa pura para el estipulante, forma una

(1) Arg. D. 45, 1, l. 48.
(2) D. 45, 1, l. 46, § 3.
(3) C. 4, 38, l. 13; D. 18, 1, l. 7 y 34, § 6.
(4) *Supra*, § 92, II, 3°.
(5) *Inst.* 3, 23, § 4; D. 18, 1, l. 34, § 5; *Id.* 19, 5, l. 20, § 1.

convención obligatoria; obliga inmediatamente al promitente bajo condición, y si el estipulante se aprovecha de su derecho, habrá una venta perfecta en razón del consentimiento de ambas partes (1). ¿*Quid* respecto de la condición *resolutoria* que fuera potestativa pura? Añadida á un contrato unilateral, y del lado del *acreedor*, deja al contrato puro y simple, porque no modifica en ningún modo sus efectos, siendo siempre libre el acreedor para no reclamar el pago. Si ella es relativa al *deudor*, anula el contrato, puesto que la obligación depende soberanamente de la voluntad del deudor, como en el caso de una condición suspensiva. Si ella es añadida á un contrato bilateral, éste es válidamente concluido con la condición resolutoria potestativa; el contrato será resuelto por la sola voluntad de la parte que ha estipulado el derecho de rescindirlo. La venta concluída con un pacto de desistimiento (*pactum displicentiæ*) nos proporciona una aplicación de este principio (2).

c) Las condiciones mixtas (*conditiones mixtæ*) son las que consisten en un acontecimiento dependiente en parte, y en parte independiente de la voluntad de uno de los contratantes (3). Tal es el caso en que os prometo 100 "si os casáis con Ticia" (4).

3. Las condiciones son todavía posibles ó imposibles, y estas últimas por su lado pueden ser física ó jurídicamente imposibles. Son físicamente imposibles cuando son contrarias á las leyes de la naturaleza (5); así como lo hemos explicado (6), no hay en el caso una verda-

---

(1) *Supra*, § 92, II, 3° y 5°; C. 4, 54, l. 2; D. 19, 5, l. 12; *Id.* 13, 7, l. 13; *Id.* 18, 1, l. 75.

(2) D. 21, 1, l. 31, § 22; *Id.* 18, 1, l. 3.

(3) C. 6, 51, l. unic., § 7.

(4) D. 18, 1, l. 7; *Contra:* art. 1333 del Cód. civ. cit.

(5) D. 45, 1, l. 137, § 6.

(6) Núm. I, A, 1°, *b* de este §.

dera condición; el mismo contrato se reputa no verificado. Las condiciones jurídicamente imposibles son las contrarias á una regla de derecho (si Ticio adquiere un camino público (1); si se casa con su cuñada). Como en el caso precedente, la condición es aparente, por falta de un acontecimiento incierto. Dado el derecho vigente, es constante que el acontecimiento al cual las partes han subordinado su convención, no sucederá jamás; esta certidumbre es la misma que si se tratase de un acontecimiento físicamente imposible, aunque la causa de la certidumbre sea diferente. Luego la convención debe ser de la misma manera nula (2). Sin duda una regla jurídica no es inmutable como una ley natural; el matrimonio entre cuñados y cuñadas puede ser permitido por una ley nueva, y de otro lado, aun quedando en pie la antigua ley, puede, en razón de un cambio de hecho, hacerse inaplicable al caso particular previsto por la convención; el camino público que era el objeto de la convención, puede ser suprimido y devuelto á la agricultura. Pero la cuestión de si las partes han querido ó no lo imposible, debe naturalmente decidirse en el momento del contrato, sin atender á acontecimientos ulteriores (3). Hay lugar á exceptuar el caso en que las partes han contratado en vista de un cambio de la ley ó de las circunstancias; y tal ha debido ser su intención si el cambio estaba en el orden natural de las cosas; si no tenía este carácter se juzga que las partes no han atendido á él. Siempre que ellas hubieran contratado en vista del cambio, el contrato será condicional, y la condición será cumplida si la ley actual ó su aplicación

(1) D. 45, 1, l. 137, § 6.
(2) Art. 1354 del Cód. civ. cit.
(3) L. 137, § 6 cit.

viene á cambiar, y habiéndose hecho así posible el acontecimiento constitutivo de la condición, se realiza efectivamente. En particular es válida la convención establecida para el caso en que un impúber se casara ó hiciera un testamento (1). Nada se opone tampoco á que las partes contraten en vista de un cambio probable de la ley misma, por ejemplo, de la ley que prohibe el matrimonio entre cuñados y cuñadas; no existe ningún motivo para no sancionar igualmente bajo este aspecto la voluntad de las partes, desde que es constante (2).

4. Se distinguen todavía las condiciones en afirmativas y negativas, según que consisten en el acaecimiento [si tal navío entra en el puerto] ó en el no acaecimiento (si tal navío no entra en el puerto) de un cierto hecho (3). Esta división ofrece alguna importancia práctica en el examen de la cuestión sobre cuando una condición no se ha cumplido ó ha faltado (4).

III. *Cumplimiento de las condiciones*. El principio general á este respecto es, que la condición se ha cumplido cuando el acontecimiento que la constituye ha sucedido conforme al contrato y al derecho común sobre la interpretación del contrato, porque la condición es una cláusula contractual (5).

A.) ¿En qué momento preciso la condición se cumple ó falta? Este momento difiere para las condiciones afirmativas y las condiciones negativas.

1. La condición afirmativa se cumple cuando el acontecimiento positivo que la constituye, ha sucedido, importando poco el momento de su realización, si

(1) D. 35, 1, l. 58.
(2) *Supra*, § 91, II, 1º; D. 45, 1, l. 137, § 6.
(3) D. 35, 1, l. 60.—Art. 1335 del Cód. civ. cit.
(4) *Infra*. núm. III, A de este §.
(5) D. 35, 1, l. 19 y 101.

el contrato no exige nada á este respecto. La condición "si tal navío entra en el puerto" se realiza por la entrada del navío en el puerto después de un día, de un año ó de diez años. La condición afirmativa falta solamente cuando la realización del acontecimiento positivo se ha hecho imposible, por ejemplo, si el navío ha perecido, si el puerto en el cual debía entrar, ha sido destruido (1). Pero, si el contrato determina un plazo para el cumplimiento de la condición, ésta no se realiza sino en tanto que el acontecimiento positivo se produzca en el plazo convenido; expirado este plazo, sin que el acontecimiento se haya verificado, la condición falta inmediatamente. La condición "si tal navío entra en el puerto en el plazo de un mes" ha faltado, independientemente de la destrucción del navío ó del puerto, por sólo que el mes haya transcurrido, sin que el navío haya hecho su entrada en el puerto, y no obstante que ella se haya verificado un día después (2).

2. La condición negativa se cumple cuando el acontecimiento cuya falta de realización constituye la condición, no puede ya realizarse. La condición "si tal navío no entra en el puerto" queda cumplida por la destrucción del navío ó del puerto (3). La condición negativa falta cuando el acontecimiento cuya falta de realización se ha erigido en condición, se realiza en una época cualquiera, cuando, por ejemplo, el navío entra en el puerto, aun cuando sea después de diez años. Pero si las partes han añadido un plazo al cumplimiento de la condición, ésta se cumple desde que el plazo convenido expira sin que el acontecimiento cuya falta de realización constituye la condición, se haya verificado

(1) D. 35, 1, l. 29 y 94.
(2) D. 40, 5, l. 41; *Id.* 50, 16, l. 133.
(3) *Inst.* 3, 15, § 4; D 45, 1, l. 115, § 1.

(1); falta solamente si dicho acontecimiento sucede en el plazo fijado. Luego la condición "si tal navío no entra en el puerto al cabo de un mes" se ha realizado después de un mes, si el navío no ha hecho su entrada en el puerto, como sucede por la ruina del navío ó del puerto; falta si el navío llega en el mes.

B.) Cuando muchas condiciones son añadidas á la misma convención, se debe distinguir si han sido estipuladas conjunta ó alternativamente. En el primer caso, todas las condiciones deben cumplirse para que el contrato produzca sus efectos; si una de ellas falta, el contrato se considera como no verificado (2). En el segundo caso, desde que una de las condiciones se realiza, el contrato se hace puro y simple; la falta de cumplimiento de las demás condiciones es indiferente (3). ¿*Quid* si una condición única, que es objetivamente divisible (4), se realiza en parte? Una estipulación ha sido hecha bajo la condición de que el estipulante pagaría 100 á un tercero, y el estipulante paga 50. La condición no está cumplida; su cumplimiento era indivisible según la voluntad de las partes; no podía verificarse en parte; el estipulante no tiene, pues, derecho para nada al beneficio de la estipulación (5). Se sigue de esto que, la condición de dar 100 á A y á B no se cumple por el pago de 50 á A (6). Pero, á veces la condición se divide según la voluntad probable de los contratantes:

I. Cuando A y B estipulan un fundo "si dan 100 á X," la condición se divide como la estipulación misma; se forman varias condiciones, del mismo modo que

(1) D. 35, 1, l. 99, § 1.
(2) D. 28, 7, l. 5; *Id.* 50, 17, l. 110, § 3.
(3) D. 28, 7, l. 5; D. 35, 1, l. 78, § 1.
(4) D. 35, 1, l. 112; *Id.* 40, 4, l. 13, § 1 y 2; *Id.* 40, 7, l. 13, § 2.
(5) D. 35, 1, l. 56.
(6) D. 35, 1, l. 56.

hay varias obligaciones condicionales [A estipula la mitad indivisa del fundo si paga 50 á X, y B estipula la otra mitad indivisa del fundo si paga también 50 á X]. En consecuencia, cada condición es susceptible de un cumplimiento separado (1).

2. Alguno estipula un fundo "si da 100 á A y á B;" A viene á morir antes que el estipulante haya tenido tiempo de pagarle 50. La condición y la estipulación serán reducidas; al pagar 50 á B, el estipulante podrá reclamar la mitad del fundo (2).

IV. *Efectos de las condiciones.* Para determinar los efectos de las condiciones, conviene, al menos desde el punto de vista de la claridad, separar la condición suspensiva de la resolutoria, y con respecto á cada una de ellas, es necesario considerar tres períodos ó hipótesis: aquella en que la condición está todavía en suspenso, aquella en que la condición se cumple, y aquella en que falta.

A.) *Efectos de la condición suspensiva.* 1. Mientras que esta condición está en suspenso, el contrato se rige por un doble principio: la condición suspende la existencia misma de las obligaciones que el contrato tiene por objeto crear, y sin embargo, el estipulante tiene un derecho condicional á los efectos del contrato.

a.) De un lado, la condición suspende la existencia misma de las obligaciones que el contrato está destinado á producir; provisionalmente no hay obligación, nada es debido en virtud del contrato; *nihil interim debetur* (3). Se sigue de esto, que no solamente el estipu-

(1) D. 35, 1, l. 56; *Id.*, *Id.* l. 44, § 8; l. 54, § 1; l. 112, § 2; D. 40, 4, l. 11, § 1; C. 6, 46, l. 7.

(2) D. 35, 1, l. 112, § 1; *Id.* 33, 1, l. 10; Maynz, II, § 205 y nota 41; *Infra*, núm. IV, A, 1°, *b.*

(3) D. 20, 1, l. 13, § 5; *Id.* 50, 16, l. 213; *Id.* 44, 7, l. 42.

lante no puede exigir el pago (1), sino que, aunque el promitente pague *pendente conditione*, puede repetir por la *condictio indebiti* lo que ha pagado, porque ha pagado lo indebido (2). Este derecho de repetición supone, sin embargo, que él haya hecho el pago por error, es decir, en la convicción de que era deudor puro y simple, sea que haya pensado haber contratado sin condición, sea que haya creído en el cumplimiento de la condición (3). Si él sabía que era deudor condicional y á pesar de esta circunstancia ha pagado, ha querido renunciar al beneficio de la condición y hacer una liberalidad al estipulante (4). Por lo demás, el pago hecho al estipulante *pendente conditione* no es translativo de propiedad, y particularmente en el caso de venta, la tradición de la cosa vendida, aun cuando fuese acompañada del pago del precio, no hace propietario al comprador. En efecto, un contrato concluído bajo condición suspensiva no implica el consentimiento de las partes sobre la traslación de la propiedad; no hay, pues, justa causa de tradición (5). El *accipiens* no tiene ni aún la posesión de buena fe; el contrato condicional no puede darle la convicción del derecho de propiedad (6), y por tanto no adquiere los frutos de la cosa (7) y no puede usucapir (8). Pero si la tradición de la cosa hecha *pendente conditione* no despoja *al tradens* de su propiedad ella la hace al menos revocable, salvo si las partes han manifestado una intención contraria. La regla se fun-

(1) D. 50, 16, l. 54 y 213.—Art. 1331 del Cód civ. cit.
(2) D. 12, 6, l. 16, 18, 48 y 56.—Art. 1339 del Cód. civ. cit.
(3) D. 12, 6, l. 16.
(4) D. eod, l. 1, § 1; *Id.* 50, 17, l. 53
(5) Arg. D. 39 6, l. 29.—Art. 2812 del Cód. civ. cit.
(6) Arg. D. 18, 6, l. 8.
(7) D. 18, 2, l. 4.
(8) L. 4 cit.; D. 18, 6, l. 8; *Id.* 41, 4, l. 2, § 2; *Id.* 41, 9, l. 1, § 2 y l. 2.

ua sobre que, en virtud del contrato condicional y de la tradición subsecuente, la propiedad del *tradens* está limitada por una condición; ella debe venir á extinguirse y pasar al *accipiens* si la condición se cumple; ahora bien, siempre que la extinción de la propiedad depende de una condición, es preciso admitir que ella es revocable. De aquí la consecuencia que el *tradens* no puede ya ejecutar sino actos de propiedad revocables; no puede conceder sobre la cosa entregada sino derecho revocables, porque ninguno podría transferir á otro más derechos que los que tiene él mismo Si, pues, enajena la cosa en favor de otra persona, por ejemplo, por la vía de un legado, el nuevo adquirente no obtendrá sino una propiedad revocable, y si concede sobre la cosa derechos reales, servidumbres ó hipotecas, estos derechos serán también revocables, siendo la condición de la revocación la misma de que está afectada la propiedad del concedente. Tal es, al menos, el nuevo Derecho Romano, como se explicará más adelante (1).

b.) De otro lado, si aquel que estipula condicionalmente, no es acreedor actual, tiene al menos un derecho condicional á los efectos del contrato; los efectos eventuales del contrato son plenamente adquiridos por él; como dicen los textos, tiene la esperanza de hacerse acreedor; *spes est debitum iri* (2). Este derecho condicional del estipulante se basa sobre el contrato que, concluido bajo condición, es perfecto en todos sentidos. Así, el promitente no puede ya retractarse y debe, para la eventualidad del cumplimiento de una condición,

---

(1) Núm. IV, B, 1º; D. 35, 1, l. 105; *Id.* 8, 6, l. 11, § 1; *Id* 30, *de leg.*, I, l. 69, § 1; *Id.* eod. l. 81 y C 6, 43, l. 3, § 3, 3ª y 3ᵇ; Maynz, II, § 249, —Arts. 1638, 1639, 1846, 1847, 1853, 1854, 2830, y 2831 del Cód. civ. cit.

(2) *Inst.* 3, 15, § 4; D 50, 16, l. 54; *Id.* 44, 7, l. 42; *Id.* 50, 16, l. 10.

poner en la guarda y conservación de la cosa los cuidados exigidos del deudor puro y simple. No puede ni aun impedir por su hecho el cumplimiento de una condición casual; está obligado, en virtud del contrato, á dejar que se cumpla esta condición conforme á su naturaleza y sin ninguna intervención personal; si él la hace faltar, infrinje la obligación mencionada, y por consiguiente, debe reparar el daño causado por su culpa. De aquí, la regla de que la condición no cumplida por causa del promitente se reputa cumplida; tal es ciertamente la reparación del perjuicio causado al estipulante (1). Algunas mercancías han sido vendidas «si el comprador puede adquirir un local determinado para colocarlas;» la condición es cumplida si el propietario del local ofrece venderlo y el comprador se rehusa á adquirirlo (2). Es claro que el promitente tiene toda libertad para impedir el cumplimiento de una condición, sea potestiva de su parte, sea mixta; obrando así, lejos de faltar á su obligación, no hace sino usar de un derecho estipulado (3). Además, ya *pendente conditione*, el estipulante tiene ciertos derechos directos respecto del promitente; tiene derecho á la conservación de su crédito eventual; puede ejecutar toda clase de actos conservatorios. En particular, si el promitente amenaza quedar insolvente ó dejar el país, el estipulante está autorizado para reclamar una garantía (4). Si el promitente está ya insolvente, el acreedor condicional puede obtener la posesión de bienes (5) y ejercitar la

---

(1) D 45, 1, l. 85, § 7; *Id.* 50, 17, l. 161 y 174.—Art. 1336 del Cód. civ. cit.

(2) D. 18, 1, l. 50 y 7.

(3) Maynz, II, § 205, I, A, 2°, *a*.

(4) Arg. D. 5, 1, l. 41; *Id.* 17, 2, l. 27 y 28; *Id.* 20, 1, l. 13, § 3.—Art. 1338 del Cód. civ. cit.

(5) D. 42, 4, l. 6; *Id.* eod., l. 7, § 14.

acción Pauliana (1). Goza también del beneficio de separación de patrimonios (2). El crédito condicional puede también ser garantizado por una hipoteca (3) ó por un fiador (4) y hacerse objeto de una novación (5). En fin, si una de las partes contratantes muere, el derecho condicional que nace del contrato, se trasmite activa ó pasivamente á los herederos del difunto (6).

2. Si la condición suspensiva se realiza, las obligaciones que el contrato tenía por objeto crear, llegan á la existencia y se hacen al mismo tiempo exigibles (7). Pero no se detienen aquí los efectos de la condición cumplida. Ésta retroobra hasta el día del contrato, es decir, que se presume que el contrato ha sido concluído de una manera pura y simple; las partes deben ser puestas en el mismo estado que si hubieran contratado sin condición (8). Este efecto retroactivo de la condición se funda sobre la intención presunta de las partes; al subordinar su voluntad á un acontecimiento futuro é incierto, ellas han querido que si este acontecimiento se realizaba, su voluntad produjese los mismos efectos que si se hubiera manifestado de una manera pura y simple. Siendo tal el motivo de la retroactividad de la condición, es evidente que ella no debe ser aplicada en un sentido absoluto, sino sólo hasta la prueba de una voluntad contraria (9). He aquí sus principales aplicaciones:

(1) D. 40, 9, l. 8, 16, § 4 l. 27.
(2) D. 42, 6, l. 4.
(3) D. 20, 1, l. 5 y 13 § 5.
(4) D. 46, 1, l. 8, § 7; *Supra*, § 32, 2°.
[5] D. 46, 2, l. 14, § 1.
[6] *Inst.*. 3, 15, § 4; *Id.* 3, 19, § 25; D. 18, 6, l. 57.—Art. 1337 del Cód. civ. cit.
[7] D. 50, 16, l. 213.
[8] D. 20, 4, l. 11, § 1; *Id.* 18, 6, l. 8; *Id.* 39, 6, l. 40; *Id.* 45, 1, l. 78; *Id.* 46, 3, l. 16; *Id.* 50, 17, l. 18.—Art. 1335 del Cód. Civ. cit.
[9] Molitor, I, núm. 131; Maynz, II, § 205, núm. I, B.

a.) El acreedor tiene derecho á todo el *commodum rei*, á partir del día del contrato, y particularmente se aprovecha del aluvión que ha acrecentado el fundo *pendente conditione*, así como de los frutos pendientes el día del contrato (1). La última regla es consagrada por decisiones explícitas para la condición resolutoria (2) y ésta es, en realidad, una condición suspensiva (3). Se objeta que la condición suspensiva contiene un término suspensivo; al mismo tiempo, se dice, que las partes quieren hacer depender su contrato de un acontecimiento futuro é incierto; ellas quieren así diferir la exigibilidad de la deuda; ahora bien, el acreedor á plazo no se aprovecha de los frutos antes del vencimiento de la obligación (4). La base de esta argumentación es falsa. Es inexacto representar la condición como si implicara á la vez una condicion y un plazo. Al añadir á su contrato una condición suspensiva, las partes no quieren sino una sola cosa: hacer depender el contrato de la condición, importando poco que por vía de consecuencia se suspenda la existencia de la obligación; ellas dilatan así su exigibilidad; en su pensamiento, como según la realidad de las cosas, la condición absorbe el plazo; éste no es tomado en consideración. Pero los frutos del período intermediario cesarían de pertenecer al acreedor, si resultase del contrato ó de las circunstancias que las partes habían querido que los aprovechase el deudor; aquí, como bajo todos los demás aspectos, está en poder de los contratantes derogar la retroactividad de la condición (5). Recípro-

---

[1] *Supra*, § 6, III, 4°, A.—Art. 1344 del Cód. civ. cit.

[2] D. 18, 2, l. 4. § 4, l. 6; *Id.* 18, 3, l. 4 y 5; *Id.* 22, 1, l. 38, § 3; *Supra*, núms. IV, B, 2°, *a* de este §.—Arts. 1346 á 1348 del Cód. civ. cit.

[3] *Supra*, núm. I, B, de este §.—Ningún texto romano decide la cuestión para la condición suspensiva.—Arts. 1340 á 1345 del Cód. civ. cit.

[4] Vangerow, I, § 95.

[5] Maynz, II, § 205, núm. 1, B, *Contra:* Molitor, I, núm. 418.

camente el acreedor soporta los riesgos de la cosa, el *periculum rei*, á menos que toda la cosa haya perecido *pendente conditione*, en cuyo caso el contrato no tiene ya objeto (1).

b.) La retroactividad de la condición cumplida se aplica igualmente á la adquisición de la propiedad, suponiendo hecha una tradición *pendente conditione* por el promitente al estipulante. Notemos desde luego que mediante esta tradición, el *accipiens* se hace de pleno derecho propietario de la cosa al tiempo del cumplimiento de la condición, y que la adquiere entera y libre de los derchos reales concedidos por el *tradens* después de la tradición. Es ésta una consecuencia del principio de que el *tradens* no tenía mas que la propiedad revocable de la cosa; esta revocación se ha verificado efectivamente á consecuencia de la realización de la condición. Tal es, al menos, el nuevo Derecho Romano, como lo explicaremos más adelante (2). Pero, además, la propiedad así adquirida por el *accipiens* retroobra hasta el día de la tradición hecha *pendente conditione;* el *accipiens* se reputa propietario de la cosa, á partir de ese día, y por consiguiente, todos los actos de propiedad emanados de él desde entonces son validados retroactivamente; si por su lado él ha transferido la cosa á un tercero ó ha concedido sobre ella derechos reales, reputándose la translación ó la concesión hechas por el verdadero propietario, se consideran válidas desde el principio. Esta retroactividad de la adquisición de la propiedad por parte del *accipiens* no cede, como la retroactividad de la condición en general, sino ante la voluntad contraria de las partes; éstas pueden haber querido no hacer datar la propiedad del

[1] D. 18, 6, l. 8; *Supra*, § 17.
[2] D. 12, 1, l. 8.

accipiens, sino desde el día del cumplmiento de la condición. Pueden también haber querido que, no obstante la tradición hecha *pendente conditione*, la propiedad del *tradens* permaneciera irrevocable (1). Para combatir la adquisición retroactiva de la propiedad se objeta que la condición suspensiva encierra un plazo suspensivo, y que á la expiración de éste, la propiedad del *accipiens* no retroobra absolutamente. Hemos demostrado antes (2) que es un error ver en la condición suspensiva un plazo suspensivo. Los textos vienen también en nuestro apoyo (3). Sin embargo, muchos intérpretes enseñan que el cumplimiento de la condición suspensiva no hace retroobrar la propiedad del *accipiens* hasta la tradición, sino que le procura solamente para el porvenir la propiedad de la cosa en el estado en que pertenecía al *tradens* (4) al tiempo de la tradición. Del mismo modo, si una convención tiene por objeto la constitución condicional de una servidumbre, de una enfiteusis ó de una superficie, y *pendente conditione* el estipulante recibió la tradición del inmueble enfitéutico ó superficiario, ó bien la cuasi tradición de la servidumbre, el cumplimiento de la condición le hace adquirir el derecho de servidumbre, de enfiteusis ó de superficie retroactivamente hasta la tradición ó cuasi tradición. Si se ha estipulado una hipoteca bajo condición, cumpliéndose ésta, el derecho de hipoteca retroobra hasta el día de la convención; data á partir de este día (5). Se ha cuestionado también esta retroactividad, salvo para la hipoteca (6).

[1] *Supra*, núm. IV, A, 1°, *a*.
[2] *Supra*, núm. IV, A, 2°, *a* de este §.
[3] D. 12, 1, l. 8; *Id.* 24, 1, l. 11, § 9.
[4] *Contra*: Maynz, II, § 249.
[5] D. 20, 4, l. 9, § 1 y 2 y l. 11, § 1.—Art. 1854 del Cód. civ. cit.
[6] Art. 1847 del Cód. civ. cit.

Por derogación del principio de la retroactividad de la condición suspensiva, las condiciones potestativas de parte de uno ó de otro contratante no retroobran. En efecto, cuando se concluye un contrato bajo tal condición, el consentimiento de las partes, y por tanto la convención, no existen verdaderamente sino por el advenimiento de la condición; ahora bien, no se comprende que un contrato produzca sus efectos para una época anterior á su formación. Así uno promete ó estipula 1,000 "si va á París;" cumpliéndose esta condición, el contrato no obrará sino para el porvenir. Luego el estipulante no tendrá derecho á los frutos del período durante el cual la condición hubiera estado en suspenso, y si la cosa prometida le ha sido entregada *pendente condicione*, su propiedad no retroobrará. La propiedad del *tradens* mismo habrá quedado irrevocable, porque no ha querido limitarla por la tradición (1). Si una hipoteca ha sido consentida para seguridad de la obligación mencionada, ni existirá ni datará sino desde el día del cumplimiento de la condición potestativa (2).

Según la opinión común, la retroactividad sería excluida solamente para las condiciones potestativas del lado del promitente (3); pero el motivo de esta exclusión se aplica en todos los puntos á las condiciones potestativas del lado del estipulante (4).

3. Si la condición suspensiva falta, se considera el contrato como no verificado (5). El estipulante es,

---

(1) Pero el *periculum* de la pérdida parcial y del deterioro será para el estipulante, porque el contrato se ha formado sobre tal cual cosa.—Art. 1335 del Cód. civ. cit.

(2) D. 20, 4, l. 9, § 1.

(3) Molitor, I, núms. 138 y 139.

(4) Maynz, II, § 205, nota 30 enseña, de acuerdo con nuestro art. 1335 cit., que las condiciones potestativas retroobran de una manera general.

(5) D. 18, 6, l. 8; *Id.* l. 37.

pues, privado de su derecho condicional á los efectos del contrato, y lo que ha podido ser prestado en ejecución del contrato, debe ser restituído.

B.) *Efectos de la condición resolutoria.*—I. Para determinar los efectos de la condición resolutoria, mientras ella está en suspenso, es preciso separar con cuidado las dos convenciones que implica esta condición: el contrato principal y la convención condicional que tiene por objeto la rescisión de este contrato (1).

a.) El contrato principal es puro y simple (2) y produce sus efectos como tal. Luego, en caso de una venta acompañada de una condición resolutoria, el vendedor se obliga inmediatamente á entregar la cosa y el comprador á pagar el precio. La tradición y el pago del precio hacen al comprador propietario de la cosa, si ésta pertenecía al vendedor (3), y en la hipótesis contraria, el comprador convencido de su derecho de propiedad, goza al menos de las ventajas de la posesión de buena fe; adquiere los frutos, puede intentar la acción publiciana y usucapir (4). Sin embargo, cuando en ejecución de un contrato concluído bajo condicion resolutoria, la cosa prometida es entregada al estipulante, éste adquiere solamente su propiedad revocable; esta propiedad es limitada por la condición resolutoria añadida al contrato principal; debe extinguirse y volver al *tradens*, si esta condición se realiza. En efecto, el contrato principal es concluído bajo condición resolutoria; sobre el fundamento de este contrato la propiedad es transferida; él constituye la justa causa de la tradición. Ahora bien, es claro que la tradición no puede trans-

---

(1) *Supra*, núm. I, B, de este §.

(2) D. 41, 4. l. 2 § 5; *Id.* 18, 2, l. 2, § 1.

(3) D. eod, l. 4, § 3.

(4) D. eod., l. 2, § 1; *Id.* 41, 4, l. 2, § 3 y 5; *Id.* 18, 2, l. 4, § 4.

ferir la propiedad sino conforme á la justa causa que le sirve de base; siendo la justa causa de la tradición acompañada de una condición resolutoria, la propiedad debe igualmente ser adquirida de una manera revocable. Siendo así, el *accipiens* no puede ejecutar con respecto á la cosa sino actos de propiedad revocables, y esto en el mismo sentido, por la misma condición que su propio derecho, porque ninguno puede transferir á otro más derecho que el que tiene; un propietario revocable no podría conceder derechos irrevocables. Si, pues, el *accipiens* enajena por su lado la cosa ó bien la grava con derechos reales, tales como una servidumbre ó una hipoteca, el derecho del tercer adquierente ó concesionario del *jus in re aliena* es revocable como el de su autor, como limitado por la misma condición resolutoria. A la verdad, el antiguo derecho civil de Roma no seguía estas reglas. No admitía que la propiedad pudiera ser transferida bajo condición resolutoria; era, según el punto de vista de los primeros jurisconsultos romanos, un derecho esencialmente perpetuo; las partes no podían convenir en que ella hubierá sido revocable. La sanción de la regla no consistía en la nulidad de la enajenación hecha bajo condición resolutoria. Al contrario, la enajenación se consideraba como pura y simple, reputándose la condición resolutoria como no escrita (1). Este sistema fué abandonado en el curso del período clásico; Marcelo, Ulpiano y Paulo lo rechazan (2), y su doctrina es la del derecho de Justiniano (3).

b.) Consideremos ahora la convención condicional que tiene por objeto la rescisión del contrato principal.

(1) *Vatic. fragm.*, 283; D. 18, 2, l. 2 y 4, § 3; *Id.* 41, 4, l. 2, § 3 y 5; C 4, 54, l. 3.
(2) D. 39, 6, l. 29; *Id.* 6, 1, l. 41; *Id.* 13, 7, l. 13; *Id.* 18, 2, l. 4, § 3.
(3) C. 8, 54, l. 2.

Está convención produce los efectos ordinarios de toda convención concluída bajo condición suspensiva. De un lado, la condición suspende la existencia misma de las obligaciones que la convención de rescisión tiene por objeto crear; provisionalmente nada es debido en virtud de esta convención, y sobre todo, no hay todavía obligación de restituir la cosa recibida en ejecución del contrato principal; en el caso de venta, el comprador, puesto en posesión de la cosa vendida, no está obligado á restituirla. Si, pues, lo hace por error, dispone, para repetirla, de la *condictio indebiti* (1). Pero de otro lado, aquel que ha estipulado condicionalmente la rescisión del contrato principal, tiene un derecho condicional á esta rescisión; tiene la esperanza de hacerse acreedor. De aquí la consecuencia de que el promitente es ligado y responde eventualmente de su culpa como el deudor puro y simple; si por su hecho falta á la condición, se reputa cumplida; el estipulante puede ejecutar toda clase de actos conservatorios de su derecho condicional, y á la muerte de una de las partes, este derecho pasa activa ó pasivamente á sus herederos (2).

2. Si la condición resolutoria se realiza, el contrato principal queda rescindido con efecto retroactivo: se presume que no ha sido concluído jamás; las partes deben ser restablecidas en el estado en que se hubieran encontrado si no hubieran contratado (3). Esta retroactividad, como la de la condición suspensiva, se funda sobre la intención presunta de las partes (4); éstas han querido que, cumpliéndose la condición re-

(1) *Supra*, núm. IV, A, 1°, *a* de este §.
(2) *Supra*, núm. IV, A, 1°, *b*. Art. 1346 del Cód. civ. cit.
(3) D. 41, 3, l. 19; *Id.* 18, 3, l. 5.—Arts. 1346 y 1347 del C. Civ. cit.
(4) *Vatic. fragm.* 14.

solutoria, el contrato fuese anulado, se reputase letra muerta, *ut res inempta esset*, dicen enérgicamente los jurisconsultos romanos (1). En razón de este fundamento, la retroactividad de la condición resolutoria no es más absoluta que la de la condición suspensiva, pertenece á las partes derogarla por una convención especial, expresa ó tácita (2). De aquí las consecuencias siguientes:

a.) Desde luego las obligaciones que la convención de rescisión estaba destinada á producir, llegan á existir y se hacen más exigibles; cada parte está obligada á restituir lo que ha podido serle prestado en ejecución del contrato principal. Dada una venta concluída bajo condición resolutoria, si ésta se cumple, el comprador debe restituir la mercancía que le ha sido entregada, y el vendedor restituir el precio pagado (3). El acreedor de restitución puede, por otra parte, reclamar, con la cosa debida principalmente, todos los accesorios de ella (4), y por su parte debe tomar en cuenta al deudor de restitución los gastos necesarios hechos en la cosa (5) y aún los gastos útiles conformes á la voluntad de las partes. Pero, además, el acreedor de restitución tiene derecho al *commodum rei*, á partir del día del contrato, y en particular al aluvión que se ha formado en el fundo *pendente conditione*, así como á los frutos que la cosa ha producido durante el mismo período (6). Puede demandar la restitución de estos frutos por la acción que nace del contrato principal, si es de buena

(1) D. 18, 3, l. 2, 4, 5, 6, § 1 y l. 8; *Id.* 41, 4, l. 2, § 3 y 5.

(2) Windscheid, I, § 91 y notas 2 y 3.

(3) *Vide*, sin embargo, C. 4, 54, l. 1 y D. 18, 3. l. 6; *Id.* 18, 2, l. 20.

(4) Arg. D. 18, 3, l. 6, § 1.—Art. 1347 del Cód. civ. cit.

(5) D. 18, 2, l. 16.

(6) *Vatic. fragm.*, 14; D. 18, 2, l. 4 § 4; l. 6, § 1 y l. 14, § 4; D. 18, 3, l. 5; *Id* 22, 1, l. 38, § 3.

fe, por ejemplo, por la *actio venditi* (1), ó bien por una *condictio sine causa*, si se trata de un contrato de derecho extricto (2). No está autorizado para revindicar los frutos, porque no ha sido jamás propietario y desde entonces no puede tratarse de hacerle recobrar la propiedad. Los frutos constituyen en las manos del deudor de restitución una propiedad originaria, que no puede ser transferida de pleno derecho al acreedor de restitución, sino solamente por tradición. Recíprocamente el acreedor de restitución soporta el *periculum rei*, salvo si toda la cosa ha perecido *pendente conditione*, porque entonces la convención de rescisión no tiene ya objeto y el contrato principal se hace definitivo (3)

b.) En lo que concierne á la propiedad de la cosa, comprobemos ante todo que ella retorna al *tradens* de pleno derecho, en el estado en que le pertenecía antes y de tal manera que se presume que jamás ha cesado de ser propietario. Así la propiedad del *accipiens* se extingue por el sólo efecto del cumplimiento de la condición resolutoria, sin ninguna retrotradición; es la consecuencia de su carácter revocable; ella estaba limitada por una condición resolutoria; debe extinguirse por la rescisión de esta condición. Con la propiedad del *accipiens* se extinguen igualmente todos los derechos que él ha concedido sobre la cosa, porque eran revocables en el mismo sentido, y limitados por la misma condición resolutoria; la propiedad del tercer adquirente se extingue; los derechos reales, tales como las servidumbres ó hipotecas, consentidos en favor de terceros caen de la misma manera. Y la propiedad extinguida en el *accipiens* ó en el tercer adquirente vuelve de pleno derecho al *tradens*, plena y libre de los derechos

(1) *Vatic. fragm*, 14; D. 18, 2, l. 4, § 4; *Id.* 18, 3, l. 4 y 5.
(2) D. 22, 1, l. 38, § 3.
(3) D. 18, 2, l. 2, § 1; l. 3 y 4, § 1 y 2.—Art. 1348 del Cód. civ. cit.

reales que la habían gravado en el intervalo (1). Se sigue de esto que el *tradens* vuelto á ser propietario puede revindicar la cosa contra un detentador cualquiera. No está reducido á una acción personal para la restitución contra su parte contratante, aunque tenga la facultad de recurrir á ella y aun deba recurrir para hacerse restituir los frutos (2); esta acción personal para la restitución de la cosa es la que nace del contrato principal si es de buena fe, por ejemplo, la *actio venditi*, y en todos los casos la acción *præscriptis verbis*, puesto que la tradición de la cosa en vista de su restitución eventual forma un contrato real inominado (3). Tales son los principios que prevalecieron entre los jurisconsultos de la época clásica. En cuanto al antiguo Derecho Romano, como admitía que la propiedad era necesariamente transferida á perpetuidad, no podía conocer la vuelta de pleno derecho de la propiedad en favor del *tradens;* el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato principal producía solamente una obligación de restituir á cargo del *accipiens*, y el *tradens* no disponía, para obtener esta restitución, sino de una acción personal (4). La teoría del nuevo Derecho Romano es atestiguada por las decisiones explícitas que se encuentran en número considerable en la recopilación de Justiniano (5) y ella es casi unánimemente aceptada por los autores modernos (6). Pero no se detiene aquí el efecto del cumplimiento de la condición resolutoria. No solamente la propiedad retorna de pleno derecho al *tradens*, sino que se presume que

(1) *Supra*, núm. IV, B, 1°, *a* de este §.
(2) *Supra*, núm. IV, B, 2°, *a*.
(3) D. 19, 5, l. 12.
(4) *Supra*, núm. IV, B, 1°, *a* de este §.
(5) D. 39, 6, l. 29; *Id.* 13, 7, l. 13; *Id.* 6, 1, l. 41.
(6) Demangeat, I, p. 599, 601.

jamás la ha perdido. De aquí esta otra consecuencia que si *pendente conditione* el *tradens* ha ejecutado actos de propiedad con respecto á la cosa, si la ha enajenado á un tercero ó la ha gravado de derechos reales, estos actos de propiedad son validados retroactivamente como emanados del verdadero dueño de la cosa (1). Esta aplicación de la retroactividad de la condición resolutoria es conforme á la voluntad de las partes. Estas quieren que, cumpliéndose la condición resolutoria, se considere el contrato como no verificado; luego también que se repute no verificada la traslación de la propiedad operada en ejecución del contrato. En cuanto á la objeción de que la condición resolutoria encierra un término resolutorio y que la propiedad transferida con semejante término no retorna retroactivamente al *tradens* á la expiración del plazo convenido, negamos que la condición resolutoria sea á la vez una condición y un término (2). Las fuentes nos son igualmente favorables (3). Numerosos intérpretes del Derecho Romano combaten la retroactividad del retorno de la propiedad (4). Hemos fundado el retorno legal y retroactivo de la propiedad en la intención presunta de las partes. Desde entonces debe cesar si es establecida una voluntad contraria; es posible que, para el evento del cumplimiento de la condición resolutoria, las partes no hayan querido crear sino una simple obligación de transferir la propiedad al *tradens* ó al menos que ellas hayan querido excluir la retroactividad del retorno legal de la propiedad.

Se siguen reglas análogas cuando una convención

---

(1) D. 7, 1, l. 57; *Id.* 30 *de leg.* I, l. 38, § 1.
(2) *Supra*, núm. IV, A, 2°, *a* de este §.
(3) D. 12, 1, l. 8; *Id.* 24, 1, l. 11, § 9.
(4) Puchta, *Pand.*, § 61 y 142.

tiene por objeto constituir bajo condición resoluturia otros derechos reales que la propiedad, luego una servidumbre (1), un derecho de enfiteusis ó de superficie, una hipoteca (2), salvo que los frutos regularmente adquiridos por el titular revocable del derecho real no están sujetos á restitución. El objeto del contrato era precisamente procurar este goce interino de una manera definitiva.

En fin, las condiciones resolutorias potestativas de parte de uno de los contratantes no retroobran. A decir verdad, no hay allí consentimiento, y por tanto, convención sobre la rescisión del contrato principal sino cuando se cumple la condición resolutoria, y una convención no podría producir efecto para la época anterior á su formación. Además, si se trata de una enajenación bajo condición resolutoria potestativa, como en el caso de una venta hecha con pacto de desistimiento (*pactum displicentiæ*) el adquirente obtiene la propiedad irrevocable de la cosa, porque las partes no han querido limitar la traslación de la propiedad. Luego el adquirente puede disponer de la cosa de una manera irrevocable y el cumplimiento de la condición resolutoria no crea sino obligaciones entre partes (3).

3. Si la condición resolutoria falta, el contrato principal se hace definitivo; aquel que ha estipulado su resolución bajo condición, es privado de su derecho condicional á los efectos de su estipulación (4).

§ 98.—*Del plazo.*

1.—*Nociones generales.* A). El plazo (*dies*) es la cláu-

---

(1) D. 8, 1, l. 4.
(2) D. 20, 6, l. 6.
(3) D. eod., l. 3.
(4) D. 18, 2, l. 6.

sula por la cual las partes restringen la duración de su convención (1).

1. Lo que separa el plazo de la condición, es que aquel no da lugar á ninguna incertidumbre sobre la eficacia de la convención; es constante que ella producirá sus efectos. Solamente su duración es limitada, y esta limitación es posible desde dos puntos de vista. O bien las partes han *substraído* al imperio del contrato un tiempo determinado á partir del contrato, atribuyéndole el exceso. O bien, en sentido inverso, ellas le han *atribuido* un determinado tiempo desde el contrato, quitándole el resto. En el primer caso, se habla de un plazo suspensivo, de un *dies a quo* y en el segundo, de un plazo resolutorio, de un *dies ad quem* (2); el plazo suspensivo es añadido al contrato mismo; el plazo resolutorio es añadido á su rescisión. Como el plazo se limita á cortar la duración de la convención, sin hacer incierta su suerte, es evidente que no puede jamás consistir en un acontecimiento incierto; este constituye una condición; para emplear la expresión de la escuela, el plazo debe ser siempre *certus an.* Pero no es necesario que se conozca la época precisa de la realización del acontecimiento cierto constitutivo del plazo; este puede ser *certus an, certus quando,* ó bien *certus an, incertus quando;* prometer 1,000 "á la muerte de su tío" es prometer á plazo y no bajo condición. La incertidumbre sobre la época exacta de la realización de un acontecimiento cierto, no impide que conste que un día la convención producirá sus efectos, lo que excluye la noción de la condición (3)

---

(1) *Inst.* 3, 15, § 2; D. 44, 7, l. 44, § 1.—Art. 1355 del Cód. civ. cit

(2) D. 44, 7, l. 44, § 1; *Inst.* 3, 15, §2.

(3) Arg. D. 12, 6, l. 17; *Supra*, § 97, I, A, 1°, *b.*—Arts. 1356 y 1357 del Cód. civ. cit.—Vinio, lib. 3, tít. 16, § 2, núm. 2, t. 2,—Partida 4, tít. 4, l. 1.—Sent. del Juzgado 4° civ. de México, Agosto 6 de 1870 (*El Der.*, t. 5, p. 418).

2. El plazo supone, además, que la duración de la convención ha sido restringida por una cláusu e pecial, expresa ó tácita. El plazo resulta muy frecuentemente de una cláusula tácita. Por ejemplo, el mutuante de una suma de dinero recibe por anticipo los intereses anuales de esta suma: otorga por esto mismo al mutuatario un plazo de un año para el reembolso del capital (1). O bien, la convención indica un lugar lejano para el pago; ella acuerda implícitamente al deudor el plazo necesario para efectuar el pago en el lugar convenido (2). Pero la convención es pura y simple, por sí misma é independientemente de la voluntad especial de las partes, es limitada en cuanto á su duración; es la convención tal como es naturalmente, en toda su sencillez. La constitución de dote no es hecha sino para la duración del matrimonio (3); no es concluída por esto con un plazo resolutorio. Del mismo modo la convención que tiene por objeto la construcción de una casa, es pura y simple, aunque implique para el deudor el plazo indispensable para el acabamiento del edificio (4). Hay que decir ótro tanto de la promesa de prestar los frutos por nacer (5).

B.) Se puede añadir un plazo á cualesquiera convenciones, que tengan por objeto crear, modificar ó extinguir derechos. Se puede rescindir á plazo un contrato determinado, ya inmediatamente, ya en el momento mismo de la conclusión del contrato principal. En uno y otro caso, hay en realidad dos convenciones: un contrato principal, que es puro y simple, y una conven-

(1) D. 2, 14, l. 57; *Id.* 44, 4, l. 2, § 6.

(2) *Inst.* 3, 15, § 5; D. 45, 1, l. 41, § 1 y l. 73; *Inst.* 3, 19, § 27, Partida 5, tít. 3, l. 12 y sigts.—D. 45, 1, l. 73.

(3) *Novella*, 22, cap. 20, § 1.—Art. 2177 del Cód. civ. cit.

(4) D. 45, 1, l. 73, 14 y 72, § 2.—Art. 2490 del Cód. civ. cit.

(5) D. eod. l. 73.

ción sobre rescisión de este contrato, con un plazo suspensivo más bien que resolutorio (1). Las convenciones que excluyen la condición (2), no admiten tampoco plazo, y por motivos idénticos que no creemos necesario repetir. A esta categoría pertenece sobre toto la aceptilación (3). Desde el punto de vista del derecho civil, la estipulación no consentía plazo resolutorio; pero el pretor hacía respetar la estipulación, acordando una excepción de dolo al promitente demandado después de la expiración del plazo (4).

C.) El antiguo Derecho Romano anulaba las convenciones hechas para la época posterior á la muerte del promitente ó del estipulante (*post mortem meam vel tuam 100 dare spondes?*); la convención misma se reputaba no verificada (5). El fundamento era el principio exacto de que una obligación no puede formarse por el heredero; obligatio *ab herede incipere non potest* (6); es imposible que el heredero, que es el continuador de la persona del difunto, se haga, como heredero, acreedor ó deudor de una obligación que no existía por causa de su autor. Pero se hacía una falsa aplicación de este principio á las obligaciones á plazo; estas existen antes del advenimiento del plazo; se proscribían las promesas y las estipulaciones hechas "para la época posterior á la muerte" como si la obligación hubiera debido nacer en la persona del heredero, mientras que se había ya formado en la persona del promitente ó del estipulante (7). Por lo demás, se admitía la validez de

(1) *Supra*, § 97, I, B.
(2) *Id.*, *Id.*
(3) D. 50, 17, l. 77.
(4) *Inst.* 3, 15, § 3; D. 44, 7, l. 44, § 1.
(5) Gayo, III, 100, 101 y 158.
(6) Art. 2833 del Cód. civ. cit., por analog.
(7) Maynz, II, § 245.

las promesas ó de las estipulaciones que se hacían "para la época misma de la muerte" (*cum moriar vel morieris, 100 dare spondes?*) (1). Para remediar el inconveniente de la prohibición de estipular para la época posterior á la muerte, se unía accesoriamente un coestipulante, un *adstipulator*; la estipulación principal era siempre nula, puesto que el estipulante se había hecho prometer "*post mortem suam*;" pero la *adstipulatio* era válida, porque el *adstipulator* se había hecho prometer "*post mortem alterius*." El coestipulante tenía, pues, acción contra el promitente á la muerte del estipulante principal, y como mandatario de este último, debía cuenta á sus herederos del producto de la demanda (2). Por su lado, aquel que quería prometer *post mortem suam*, podía unirse accesoriamente un copromitente, un *adpromissor* (3) por la vía de la *sponsio*, de la *fidepromissio* ó de la *fideiussio* (4). El *adpromissor* estaba obligado á pagar á la muerte del promitente principal; pero, en su calidad de mandatario, gozaba de un recurso contra los herederos del promitente principal (5). Justiniano hizo válidas las convenciones formadas para la época posterior á la muerte de uno de los contratantes (6): era quitar toda utilidad al empleo de los *adstipulatores*; éstos desaparecieron, pues, mientras que los *adpromissores* se mantuvieron como cauciones.

II. *De algunas especies particulares de plazos.* 1.—El plazo puede ser abandonado á la discreción del deudor, particularmente por la cláusula "*quando voluero*." Según el tenor mismo de esta cláusula, personalmente el

(1) *Inst.* 3, 19, § 15; Gayo, III, 100.
[2] Gayo, III, 117.
[3] *Id. Id.*
[4] *Id. Id.*
[5] Gayo, III, 127.
[6] *Inst.* 3, 19, § 13; C. 8, 37, l. 11 y 15, § 1.

deudor no puede ser obligado á pagar. Pero la deuda se hace exigible á su muerte; sus herederos no pueden invocar el beneficio del plazo; la regla que se estipula para sí y para sus herederos no es aplicable. En efecto, el abandono hecho al deudor de la época del pago, es un derecho excepcional; deroga la naturaleza de la obligación, é interpretado en un sentido absoluto, la aniquilaría; debe, pues, ser entendido extrictamente y considerado como un favor personal (1). En general, sucederá de otra manera con la promesa *cum voluero;* ésta es más bien formada bajo una condición potestativa pura de parte del promitente, y con ese título está herida de nulidad; según el espíritu de la lengua latina *cum voluero* equivale á *si voluero* (2). No es imposible, sin embargo, que por la cláusula *cum voluero*, los contratantes hayan tenido en mira un simple plazo, y en este caso se les aplicará la misma regla que á la cláusula *quando voluero.*

2. Es posible que se haya prometido alguna cosa "tan largo tiempo como se quisiere" "*quoad vellem.*" En principio, tal promesa es nula; en realidad depende de una condición potestativa pura del lado del promitente; ella no podría someterlo á una acción, porque está en su poder no pagar. Pero nada impide la formación de una nueva convención válida por un nuevo consentimiento (3). Supongamos que después de haber declarado arrendar una cosa "tan largo tiempo como se quisiere," se entrega está cosa; se formará un arrendamiento concluído con un plazo resolutorio abandonado á la discreción del arrendador. El arrendamiento tendrá término por la voluntad del arrendador y de pleno

[1] Arg. D. 19, 2, l. 4.
[2] *Supra*, § 97, II, 2º, *a*.
[3] Arg. D. 45, 1, l. 46, § 2.

derecho á su muerte; no hay otro fundamento que la voluntad del arrendador, y esta voluntad perece con la persona (1).

3. ¿*Quid* de la promesa de pagar "tan largo tiempo como se viviere" "*quoad vivam*?" Ella es hecha por la vida del promitente y se extingue á su muerte, por la expiración del plazo resolutorio (2).

4. ¿*Quid*, en fin, de la promesa de pagar "cuando se pudiere" *quando potuero*? Ella implica la estipulación de un beneficio de competencia; el promitente no puede ser demandado sino en tanto que posea bienes que no son indispensables para sus necesidades (3). Pero, como el derecho de que se trata es excepcional, no pasa á los herederos, no mas que el beneficio legal de competencia (4).

III. *Efectos del plazo*. 1.—*Efectos del plazo suspensivo*. *a*). A diferencia de la condición, el plazo no suspende sino la exigibilidad de la obligación y no su existencia; la obligación se forma inmediatamente, porque no hay ninguna incertidumbre sobre la eficacia de la convención; pero el acreedor no está todavía autorizado para reclamar el pago (5). El acreedor no puede ni aún reclamar el pago el día último del plazo; el deudor dispone de este día todo entero para hacer el pago (6). Se sigue de esto que si el deudor á plazo paga antes del vencimiento, aunque fuese por error, no es admitido á repetir por la *condictio indebiti* lo que ha pagado, por-

---

(1) D. 19, 2, l. 4; Arg. D. 8, 1, l. 4; Molitor, I, núms. 143 y 144; Maynz, II, § 295, nota 45.

(2) *Inst.* 3, 15, § 3.

(3) D. 50, 17, l. 173.—Art. 1518 del Cód. civ. cit.

(4) D. 42, 1, l. 24, § 1 y l. 25; *Supra*, § 6, II, 2°.

(5) *Inst.* 3, 15, § 2; D. 45, 1, l. 46; *Id.* 50, 16, l. 213; *Id.* 16, 2, l. 7.

(6) *Inst.* 3, 15, § 2; *Id.* 3, 19, § 26; D. 44, 7, l. 50; *Id.* 45, 1, l. 72, § 2, l. 98, § 1 y l. 14 y 124.

que debía la cosa pagada que formaba un *debitum* (1). Sin embargo, puede repetir el descuento del capital pagado por error; tenía derecho al goce del capital hasta la expiración del plazo y, á consecuencia de su error, ha sido privado de este goce (2). Es claro que el deudor puede obligar al acreedor á recibir el pago antes del vencimiento; el plazo se establece en su interés; tiene por objeto retardar la exigibilidad de la deuda, y cada uno es libre de renunciar á un derecho exclusivamente introducido en su favor (3). Pero el deudor que quiere librarse antes del vencimiento, no puede forzar al acreedor á suplir la deducción del descuento; si renuncia al beneficio del plazo, debe renunciar á él de una manera absoluta (4). Tal es el derecho común de las obligaciones á plazo: *dies adjectio pro reo est* (5). Por derogación de esta regla, el plazo es á veces establecido en interés del acreedor; por ejemplo, en el depósito á plazo; ó bien en interés de los dos contratantes, cuando un préstamo á interés es hecho por un tiempo determinado. En el primer caso, el acreedor puede exigir el pago antes de la expiración del plazo (6) y el deudor no tiene el derecho de pagar por anticipación (7). En el segundo caso, el acreedor no puede reclamar el pago, ni el deudor ofrecerlo antes del vencimiento (8). Acabamos de ver que si el deudor á plazo paga antes del vencimiento, á sabiendas ó por error, el pago es válido; desde entonces transfiere también

(1) D. 12, 6, l. 10 y 17.—Art. 1359 del Cód. civ. cit

(2) *Supra*, § 61, II.

(3) D. 46, 3, l. 70; *Id.* 45, 1, l. 38, § 16 y l. 137, § 2.—Art. 1360 del Cód. civ. cit.

[4] Arg. D. 45, 1, l. 122; *Supra*, § 61, II, A, 1º.

[5] D. 45, 1, l. 41, § 1; *Id.* 50, 17, l. 17.

[6] D. 16, 3, l. 1, § 45 y 46.

[7] D. 31, *de leg.* II, l. 43, § 2; *Id.* 33, 1, l. 15.

[8] Arg. D. 45, 1, l. 122; *Supra*, § 8, I.

la propiedad de la cosa dada en pago. Pero, ¿qué decidir si el deudor á plazo hace la tradición de la cosa debida, no con la intención de pagar su deuda, sino simplemente para hacer al acreedor propietario de la cosa, á la expiración del plazo? Esta tradición no es translativa de propiedad; el *tradens* no quiere hacer inmediatamente al *accipiens* propietario, sino solamente á la expiración del plazo; falta la justa causa de tradición. El *accipiens* no es aún poseedor de buena fe; no podría tener la convicción de ser ya propietario; no adquiere, pues, los frutos de la cosa, á menos que las partes hayan hecho una convención especial á este respecto y no puede usucapir. Pero si el *tradens* queda propietario de la cosa entregada, su propiedad se ha hecho revocable. En efecto, ella es limitada por un plazo resolutorio, á la expiración del cual debe extinguirse y pasar al *accipiens*; ahora bien, toda propiedad cuya extinción debe verificarse después de determinado tiempo, es una propiedad revocable. Se sigue de esto que el *tradens* no puede ya conceder sobre la cosa entregada, sino derechos igualmente revocables, limitados por el mismo plazo resolutorio (1).

b. La expiración del plazo suspensivo añadido á una convención tiene por efecto hacer exigible la deuda. Además, si el deudor ha hecho antes del vencimiento la tradición de la cosa debida, con el objeto de transferir su propiedad al *accipiens* al tiempo del vencimiento de la deuda, el *accipiens* se hace de pleno derecho propietario de la cosa entregada, y la adquiere plena y libre de los derechos reales concedidos por el *tradens* desde la tradición. La razón es que el *tradens* no tenía más que la propiedad revocable de la cosa, y esta propiedad ha sido revocada efectivamente por la expiración del plazo

[1] *Supra*, § 97, IV, A, 1°, *a*.

zo. Al menos esta regla debe ser seguida en el derecho de Justiniano, que ha admitido la noción de la propiedad revocable (1). Pero, y es esta otra diferencia con la condición, el plazo no retroobra; la retroactividad es contraria á su naturaleza; añadiendo un plazo á la convención, las partes han querido precisamente que no comenzase á producir efectos sino á la expiración del plazo. Luego, el acreedor no tiene derecho sino á los frutos pendientes el día del vencimiento; los frutos separados anteriormente por el deudor, le pertenecen (2). Del mismo modo, si la cosa ha sido entregada antes del vencimiento, para que el acreedor adquiriese su propiedad á la expiración del plazo, la propiedad no es adquirida sino para el porvenir; ella no retroobra hasta la tradición, y por tanto, los actos de propiedad ejecutados por el *accipiens* antes del vencimiento no son válidos retroactivamente. En lo que concierne al *commodum rei*, pertenece al acreedor á partir del día del contrato; el plazo tiene por única consecuencia suspender la exigibilidad del *commodum rei* como de la cosa principal. Si se sigue una regla diferente para los frutos separados por el deudor antes del vencimiento, es porque esta separación, hecha conforme al contrato, les ha quitado el carácter de *commodum rei*. Por vía de analogía, el acreedor soporta el *periculum rei*, comprendido en esto el de la pérdida total de la cosa debida; teniendo el plazo por único efecto retardar la exigibilidad de la deuda, ha lugar á aplicar á la convención á plazo las reglas que rigen los riesgos y peligros en la obligación, pura y simple. Hacemos constar aquí una nueva diferencia con la condición; el deudor condicional soporta la pérdida total de la cosa debida.

[1] *Supra*, § 97, IV. B, 1°, *a*.
[2] Arg. D. 31, *de leg.* II, l. 43, § 2.

2. *Efectos del plazo resolutorio.* *a*) En tanto que dura el plazo resolutorio, el contrato produce sus plenos efectos (1). Sin embargo, como en la hipótesis de una condición resolutoria (2), si el contrato tiene por objeto una enajenación, en derecho nuevo la tradición de la cosa no procura al *accipiens* sino una propiedad revocable y el derecho de ejecutar actos de propiedad igualmente revocables (3). En cuanto á la obligación de restituir, constituye una deuda ordinaria con un plazo suspensivo.

b. Al vencimiento del plazo, los efectos del contrato cesan y la obligación de restituir se hace exigible (4). Además, en el caso de una enajenación hecha con un plazo resolutorio, la propiedad de la cosa entregada retorna de pleno derecho al *tradens*, tal como le pertenecía precedentemente (5). Pero la expiración del plazo resolutorio no tiene efecto retroactivo; éste estaría en oposición con la intención de las partes, que han querido que el contrato tuviese eficacia durante un determinado tiempo. Si, pues, el *accipiens* ha aquirido los frutos conforme al contrato, no está en manera alguna obligado á restituirlos. Y el retorno legal de la propiedad en favor del *tradens* no obra sino para el porvenir; los actos de propiedad emanados de él en el curso del plazo no son validados retroactivamente.

§ 99. — *Del modo.*

I. *Nociones y condiciones.* El modo (*modus*) (6) es una

[1] D. 45, 1, l. 56, § 4.
[2] *Supra*, § 97, IV, B, 1°, *a*.
[3] Arg. C. 8, 54, l. 2; *Vatic. fragm.*, 283.
(4) D. 45, 1, l. 56, § 4.
(5) Arg. C. 8, 54, l. 2.
(6) C. 4, 38, l. 3; D. 18, 1, l. 56; *Id.* 28, 7, l. 8, § 7.

cláusula accesoria por la cual las partes imponen una carga á la adquisición hecha por una de ellas (1). Esta cláusula puede encontrarse en una convención á título gratuito ó á título oneroso. La donación es acompañada de un modo, es modal, cuando se dona un inmueble á alguno, á cargo de pagar 1,000 (2). La venta es hecha con un modo, cuando se vende un edificio por 10,000, á cargo para el comprador de demolerlo (3). Pero el modo es mucho más usual en las convenciones á título gratuito que en las á título oneroso. Sus caracteres son los siguientes:

I. El modo supone que el contratante á quien es impuesto, contrae una obligación; debe obligarse á dar ó á hacer alguna cosa (4). Y esta obligación debe reunir las condiciones generales de la validez de las convenciones (5). El estipulante debe tener interés en la ejecución del modo (6); pero, como se explicará después (7), el modo puede ser estipulado en favor de un tercero (8). La prestación convenida debe también ser suficientemente determinada y posible, física y jurídicamente (9). A falta de una de estas condiciones, el modo es nulo. Pero la convención á la cual el modo es añadido, no queda menos en pie; la nulidad de la cláusula accesoria no tiene influencia sobre la convención principal (10). Implicando el modo una obligación

---

(1) D. 35, 1, l. 17, § 4; *Id.* 44, 7, l. 44, § 3; *Id.* 46, 1, l. 72.

(2) C. 8, 54, l. 1 y 3; *Id.* 8, 53, l. 9 y 22.—Art. 2599 del Cód. civ. cit.

(3) D. 18, 1. l. 41 y 56; *Id.* 19, 5, l. 6.

(4) C. 4, 38, l. 3; *Id.* 8, 53, l. 9 y 22; *Id.* 8, 54, l. 3, § 1.

(5) *Supra*, § 87 y 92.

(6) D. 24, 1, l. 13, § 2; *Id.* 35, 1, l. 71; *Id.* 32, *de leg.*, III, l. 19.

(7) *Infra*, § 111, II, B, 2°, initio y *a*.

(8) C. 8, 54, l. 3.

(9) C. 4, 6, l. 8; D. 35, 1, l. 71, § 2.

(10) Arg. C. 4, 6, l. 8; D. 35, 1, l. 37 y 71, § 2; *Id.* 30, *de leg.*, I, l. 92, § 1; *Id.* 31, *de leg.*, II, l. 31.—Par. analog., art. 1312 del Cód. civ. cit.

para aquel á quien es impuesto; se separa esencialmente de la condición y del plazo; el deudor condicional ó á plazo no contrae ninguna obligación en razón de la condición ó del plazo.

2. La obligación contenida en el modo, es la carga de una adquisición hecha en virtud del contrato principal. Es así cómo el modo puede ser impuesto á un donatario ó á un comprador como una carga de la adquisición de la cosa donada ó vendida. Pero la donación y la venta no se hacen modales en razón de una obligación especial que contrajera el donante ó el vendedor. La idea de una adquisición con cargo es inherente á la noción del modo. Sin embargo, no es necesario que el cargo sea satisfecho con la cosa recibida, aunque de hecho sea casi siempre así; el modo puede consistir en hacer ó en omitir un acto cualquiera (1).

3. En fin, el modo es una cláusula accesoria; tiene por objeto modificar los efectos generales de una convención relativa á la adquisición de una cosa, imponiendo una obligación especial al adquirente. Si éste se limita á contraer la obligación que es de la naturaleza de la convención, por ejemplo, si un comprador se obliga al pago del precio, un copermutante á hacer la dación recíproca, la convención es pura y simple y no modal. En el caso de simulación de una donación modal (yo declaro daros un inmueble, de un valor de 10.000, á cargo de pagarme 10,000), hay una convención á título oneroso pura y simple. Una consecuencia del carácter accesorio del modo es su nulidad, si la convención principal es nula; lo accesorio sigue la condición de lo principal.

II. *Efectos del modo.* El modo no impide que la convención principal produzca inmediatamente sus plenos

(1) C. 8, 54, l. 1; D. 19, 1, l. 21, § 6; *Id.* 35, 1, l. 17, § 4 y l. 18.

efectos; no suspende ni la existencia, ni la exigibilidad de las obligaciones que la convención principal tiene por objeto crear; las partes no han querido ni uno ni otro resultado (1). Es una nueva diferencia con la condición y el plazo. El efecto característico del modo es producir una obligación para el contratante á quien es impuesto (2); esta obligación debe ser ejecutada de la manera convenida, y particularmente en el plazo fijado (3); para determinar su extensión, hay que conformarse á las reglas generales sobre la interpretación de las convenciones (4). La ejecución del modo no puede ser demandada, ya por la acción que nace del contrato de buena fe, por ejemplo, por la *actio venditi* (5), ya por la acción *præscriptis verbis*, porque la prestación hecha en vista de la ejecución del modo constituye un contrato real innominado (6). En el caso de una donación modal, el donante puede, además, revocar la liberalidad por causa de inejecución de los cargos (7).

III. *Cómo se puede reconocer si una convención es modal ó condicional.* El mismo hecho puede constituir un modo ó una condición; se puede donar á algun "á cargo de edificar una tumba" (*ut monumentum faciat*), ó bien, "para el caso en que edificara una tumba" (*si monumentum fecerit*) (8). Todo depende de la intención de las partes. Para conocer esta intención, no basta fijarse en los términos del contrato; el empleo de la palabra "condición" ó de una expresión usual para la desig-

(1) D. 18, 1, l. 41; Arg. D. 35, 1, l. 80; *Id.*, 49, 4, l. 44.
(2) C. 4, 38, l. 3; *Id.* 8, 53, l. 9 y 22; *Id.* 8, 54, l. 3, § 1.
(3) D. 18, 1, l. 41; *Id.* 19, 1, l. 21, § 6.
(4) *Infra*, § 100 bis.
(5) D. 18, 1, l. 41.
(6) C. 8, 53, l. 9 y 22; *Id.* 8, 54, l. 3, § 1; *Id.* 4, 64, l. 8.
(7) C. 4, 6, l. 2, 3, 6 y 8; *Id.* 8, 54, l. 3; *Infra*, § 176, 2°.—Art. 2644 del Cód. civ. cit.
(8) D. 35, 1, l. 80.

nación de la condición (si.......) no prueba necesariamente la voluntad de concluir un contrato condicional (1), y el empleo de la palabra "modo" no indica siempre la voluntad de hacer una convención modal. Es preciso ver si las partes han querido atribuir á su cláusula el efecto de una condición ó el efecto de un modo; si han querido suspender la eficacia del contrato ó simplemente imponer una carga á una de ellas. En el primer caso, el contrato será condicional; en el segundo, será modal (2). Si hay duda sobre la voluntad de las partes, ha lugar á admitir un contrato modal; el modo deroga menos que la condición el derecho común de los contratos; se limita á añadir una simple obligación al contrato, sin suspender su eficacia; ahora bien, las excepciones son de extricta interpretación (3). Así es cómo, en la duda, la donación hecha "á condición de pagar 1,000" será una donación modal.

V.—*De la nulidad de las convenciones.* § 100.

I. *Nociones.* Las convenciones que no reunen las diversas condiciones requeridas para su validés, son inexistentes ó simplemente anulables. Son inexistentes cuando jurídicamente hablando se las considera como si no hubieran sido concluídas; cuando, en derecho, nada ha sido hecho. Son simplemente anulables cuando, aun teniendo una existencia jurídica, pueden ser anuladas judicialmente. Hablando de las convenciones de la primera especie, nuestras fuentes dicen generalmente: *nulla est conventio*, *nullum est negotium* (4), *nullius mo-*

(1) D. 40, 4, l. 44; *Id.* 28, 7, l. 8, § 7.

(2) D. 18, 1, l. 41; *Id.* 40, 4, l. 44.

(3) Arg. D. 50, 17, l. 9.

(4) Gayo, III, 176; *Inst.* 3, 19, § 23; *Id.* 3, 19, § 3; D. 2, 14, l. 1, § 3; *Id.* 18, 6, l. 8; *Id.* 27, 9, l. 5, § 14; *Id.* 45, 1, l. 120.

mente est stipulatio (1); *nihil valet stipulatio* (2); *nihil actum est* (3) ó bien *inutilis est stipulatio* (4). En presencia de la terminología romana, llamarémos indiferentemente inexistentes ó nulas las convenciones desprovistas de existencia jurídica, tanto más cuanto que, según su sentido gramatical, la palabra «nulo» designa la nada. En cuanto á las convenciones simplemente anulables, nuestras fuentes las califican de preferencia de *irrita* (5); nosotros las llamarémos tambien rescindibles ó ineficaces (6). Pero ¿cuándo una convencion es inexistente, y cuándo anulable? Es inexistente cuando falta absolutamente una de las condiciones requeridas para la validez del contrato; cuando la condicion no existe en manera alguna. No existiendo en lo absoluto la condicion de un contrato, éste no puede existir tampoco. Por el contrario, la convencion es solamente anulable si una de sus condiciones existe, pero de una manera imperfecta ó viciosa. Entonces el contrato debe de existir tambien, puesto que rigurosamente reune las condiciones requeridas; pero está afectado de ineficacia en razon del vicio que la infecta. Apliquemos éstos principios á cada una de las condiciones para la validez de los contratos. Estas condiciones son: La capacidad de las partes contratantes, una prestacion susceptible de ser objeto del contrato y el consentimiento de las partes. La segunda de estas condiciones es complexa; la prestacion debe presentar interés para

---

(1) C. 8, 38, l. 4; D. 17, 2, l. 3, § 3; *Supra*, § 94; D. 45, 1, l. 137, § 6.

(2) *Inst.* 3, 19, § 11; D. 26, 8, l. 1, § 1.

(3) *Inst.* 3, 19, § 4; D. 18, 1, l. 57; *Id.* 24, 1, l. 11, § 9.

(4) *Inst.* 3, 19; C. 8, 38, eod.

(5) *Consult. vet. jurisc.*, I, 6; C. 4, 44, l. 1, 9 y 14; D. 4, 2, l. 1; C. 2, 19, l. 7; *Id.* 4, 44, l. 8 y 12.

(6) Sin embargo, la terminología romana no es constante; D. 4, 4, l. 16, § 1; *Id.* 26, 8, l. 5, § 2; Paul. I, 7, § 10; D. 4, 2, l. 22.

el estipulante, ser suficientemente determinada y posible física y jurídicamente. A veces también el consentimiento debe manifestarse con cierta solemnidad; en la estipulación, de viva voz y por una pregunta del acreedor y por una respuesta del deudor; en la donación superior á 500 sueldos, por la inscripción en los registros judiciales (1).

1. Uno de los contratantes no tiene la capacidad requerida. Es necesario distinguir. El contrato es inexistente si el incapaz no tiene voluntad, *si non intellegit quod agit;* es el caso del impúber de menos de siete años y del enajenado (2), así como el de las personas que se encuentran en un acceso de cólera (3), ó en un estado de embriaguez (4) á tal grado que no tengan ya el uso de la razón (5). Siendo el incapaz desprovisto de voluntad no podría consentir y, sin consentimiento, no se comprende un contrato. Pero la incapacidad de una parte es solamente causa de ineficacia del contrato si consiste en una simple insuficiencia de voluntad; luego si se trata de menores de siete años, de impúberos (6) ó púberos (7), de pródigos (8) ó débiles de espíritu (9) puestos en interdicción. En estos diversos casos, el contratante tiene una voluntad, aunque no sea bastante ilustrada; su incapacidad no impide la formación ni del consentimiento, ni la convención; ella no puede ser sino una

(1) Art. 1279 del Cód civ. cit.
(2) *Inst.* 3, 19, § 8 y 10.—Art. 1282 del Cód. civ. cit.
(3) D. 50, 17, l. 48.
(4) Arg. l. 48, cit.
(5) Respecto de los sordo-mudos; *Inst.* 3, 19, § 7.—Arts. 404 y 1287 del Cód. civ. cit.
(6) *Inst.* 1, 21.
(7) C. 2, 21, l. 3.
(8) D. 45, 1, l. 6; C. 2, 21, l. 3.
(9) Arg. de las mismas leyes.

causa de ineficacia de la convención. Además, esta ineficacia no es sino relativa; la parte adversa no puede prevalerse de ella, porque á su respecto la convención no encierra ningún vicio (1). Y el incapaz está hasta cierto punto obligado naturalmente por el contrato (2).

2. La prestación que hace el objeto del contrato, no reune las condiciones requeridas. Entonces el contrato es indistintamente inexistente. No hay contrato por falta de interés para la estipulación (3). No lo hay tampoco cuando la prestación no está suficientemente determinada (4), ó bien cuando es imposible, física ó jurídicamente (5), por ejemplo, cuando la cosa había perecido en el momento del contrato (6), cuando el estipulante se había hecho prometer su propia cosa (7), tratándose de una cosa fuera del comercio (8), de un hecho ilícito ó inmoral (9). En estas diferentes hipótesis, el contrato carece de objeto, ó lo que viene á ser lo mismo, no tiene objeto á los ojos de la ley; ahora bien, no se concibe un contrato sin objeto.

3. El consentimiento necesario para el contrato ha sido excluído ó viciado, ó bien no ha sido dado en la forma requerida. El contrato es inexistente si el consentimiento ha sido excluído por un error esencial (10),

---

(1) *Inst.* 1, 21; D. 19, 1, l. 13, § 29 y arg. de estos textos; *Supra*, § 87, 2°.—Art. 424 del Cód. civ. cit.

(2) *Supra*, § 47, II, 3°.

(3) *Inst.* 3, 19, § 19.

(4) D. 45, 1, l. 94 y 115.

(5) D. 50, 17, l. 185.—Arts. 1305 y 1306 del Cód. Civ. cit.

(6) D. 18, 1, l. 57, § 1.—Art. 2835 del Cód. civ. cit.

(7) D. 50, 17, l. 45.

(8) *Inst.* 3, 19, § 2.—Art. 1306, fr. I del Cód. civ. cit.

(9) *Inst.* eod., § 24; C. 2, 3, l. 30.—Art. 1306, fr. IV del Cód. civ. cit.

(10) D. 44, 7, l. 57.—Art. 1296 del Cód. civ. cit.

por una violencia física (1), por la simulación (2) ó bien si no se ha manifestado con la solemnidad requerida (3). Pero el contrato es simplemente rescindible si el consentimiento ha sido viciado por un dolo principal (4) ó por una violencia moral (5), si el adquirente á título oneroso de una cosa se ha engañado sobre un vicio oculto que da lugar á la redhibición (6), si un deudor es sometido á la acción Pauliana por haber disminuido su patrimonio en fraude de sus acreedores (7), si se puede atacar por causa de lesión una venta ó una partición condicional (8); en fin, si un menor tiene derecho, por el mismo motivo, á la restitución *in integrum* contra cualquier convención (9). En los casos de la primera categoría, no hay consentimiento absoluta, mente ó con la solemnidad requerida; de aquí la imposibilidad de admitir la existencia de un contrato cualquiera ó de un contrato solemne. En los casos de la segunda categoría, el consentimiento de las partes existe, viciado por un error, por un dolo, por una violencia moral ó por una lesión; desde entonces el contrato debe existir igualmente; pero quedando sujeto á rescisión.

II. *Principios comunes á las convenciones inexistentes y á las convenciones anulables.* 1. Una convención inexis-

---

(1) D. 4, 2, l. 2.—Arts. 1298, 1299 y 1300 del Cód. civ. cit.

(2) D. 44, 7, l. 3, § 2.—Arts. 1684 y 1685 del Cód. civ. cit.

(3) Inst. 3, 19, § 12; *Id.* 3, 15: *Id.* 2, 7, § 2.—Arts. 1279, fr. IV y 1323 Cód. civ. cit.

(4) D. 19, 1, l. 11, § 5.—Arts. 1296, fr. III y 1666 del Cód. civ. cit.

(5) D. 4, 2, l. 21, § 4.—Arts. 1298, 1299 y 1667 del Cód. civ. cit.

(6) D. 21, 1, l. 1, § 1.—Art. 2873 del Cód. civ. cit.

(7) D. 42, 8, l. 1.—Arts. 1687 y sigs. del Cód. civ. cit.

(8) C. 4, 44, l. 2; *Id.* 3, 38, l. 3.—Arts. 1657, 1890 y 3818 del Cód. civ. cit.

(9) D. 4, 1 l. 8; *Id.* 4, 4, l. 29; C. 5, 71 l. 11, § 1.

tente ó anulable no se revalida por sólo que la causa de su nulidad ó de su ineficacia cese después: *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* (1). Si fuese inexistente, ella constituiría una nada jurídica y la nada debe siempre permanecer nada. Si fuese simplemente ineficaz, su conclusión viciosa persiste á pesar de la desaparición subsecuente del vicio que la infecta, y por tanto ella debe permanecer herida de ineficacia. El sólo efecto de la cesación de la causa de nulidad ó de ineficacia es permitir á las partes, ya concluir válidamente un contrato nuevo en lugar del antiguo contrato inexistente, ya confirmar el antiguo contrato ineficaz (2). Si, pues, se ha vendido una cosa fuera del comercio, la venta queda inexistente aunque la cosa vendida éntre más tarde en el comercio (3). Si un menor ha hecho una venta que lo lesiona, continúa gozando del beneficio de la restitución entera después de haber alcanzado su mayor edad (4). Una convención arrancada por amenazas permanece rescindible después de que ha cesado la violencia moral (5).

2. Un contrato nulo ó rescindible no puede ser convertido en otro cuyas condiciones reune, á menos que las partes hayan hecho una convención especial á este respecto; es preciso que ellas hayan declarado que, si el contrato que tenían directamente en mira, no pudiera valer como tal, valdría con otro título. A falta de semejante declaración, no se puede decir que haya consentimiento sobre el otro contrato; este consentimiento no ha sido dado; las partes ni aún han hecho

[1] D. 50, 17, l. 29.
[2] *Infra.* núm. LIII, 2º de este §.
[3] D. 45, 1, l. 83, § 5.
[4] Arg. C. 2, 45, l. 1 y 2.
[5] Arg. C. 2, 19, l. 8.

mención del segundo contrato (1). Una venta es concluída por un precio que ha de fijar Ticio; éste no quiere fijarlo; una de las partes no está autorizada á pedir que el precio sea fijado por otro árbitro que se ha de nombrar de común acuerdo ó judicialmente (2). Estipulo por error mi propia cosa; la estipulación es nula (3); hubiera sido válida si hubiera estipulado mi cosa para el caso en que hubiera cesado de ser propietario de ella (4); pero esta circunstancia no justifica la conversión de la estipulación pura y simple en una estipulación condicional.

3. Si la causa de la nulidad ó de la rescisión no se refiere sino á una parte de la convención, ésta vale por el resto; *utile per inutile non vitiatur* (5). Compro dos cosas de las cuales una había perecido el día del contrato, estaba fuera del comercio ó infectada de un vicio oculto; la venta queda en pie en cuanto á la otra cosa y al precio convenido por ella; en el caso de fijación de un precio en globo para las dos cosas, el precio será repartido entre las dos cosas, atento su valor respectivo (6). Una donación superior á 500 sueldos, si no ha sido insinuada, vale al menos hasta la concurrencia de dicha suma (7). Sin embargo, la convención es nula ó rescindible en cuanto al todo, si su causa determinante ha desaparecido. Tal es el caso en que, en las ventas mencionadas, la cosa que ha perecido, ó está fuera del comercio, ó ha resultado viciosa, fuese la principal (8) ó bien formase un conjunto con las demás cosas que

(1) D. 13, 5, l. 3, § 4 y Arg. D. 29, 7, l. 4.
(2) *Inst.* 3, 23, § 1; *Supra*, § 90, II, 2º
[3] D. 45, 1, l. 82.
[4] Arg. D. 18, 1, l. 61; *Supra*, § 91, I, 2° y 4.
[5] D. 45, 1, l. 1, § 5.—Art. 1836 del Cód. Civ. cit.
[6] D. 18, 1, l. 57; *Id.* 21, 1, l. 36 y 38, § 12 y 14.
[7] C. 8, 53, l. 34, § 1.—Arts. 1606 y 1608 del Cód. civ. cit.
[8] D. 50, 17, l. 178; *Id.* 18, 1, l. 57; *Supra*. § 91, I, 1°.

hacen el objeto del contrato (1). Del mismo modo, la nulidad de la venta de una cosa fuera del comercio produce la de la cláusula penal añadida á la venta (2).

III. *Diferencias entre las convenciones inexistentes y las convenciones anulables.* Para la convención inexistente, es preciso partir del principio de que ella constituye una nada; jurídicamente nada ha sido hecho; *nihil actum est* (3). Por el contrario, la convención simplemente anulable tiene una existencia jurídica; pero puede ser rescindida. De aquí las siguientes consecuencias:

1. Siendo nula una convención, no hay lugar á pedir su anulación ante los Tribunales; ésta anulación es aún imposible; no se anula la nada, sino solamente lo que existe. Una *querela nullitatis* que tendiera á la rescisión del contrato inexistente sería un contrasentido. El verdadero punto de vista es éste. Puesto que jurídicamente nada ha sido hecho, nadie puede prevalerse de la convención inexistente; cada parte conserva todos los derechos y acciones que le competían antes. Si, pues, una de las partes ha entregado su cosa á la otra, queda propietaria y puede revindicarla contra cualquier detentador. Así, queriendo donar mi cosa á A, la he entregado por error á B; he conservado plenamente su propiedad y tengo el derecho de revindicarla de la parte adversa ó contra cualquier tercero á quien ella hubiera pasado inmediatamente después. Si el demandado invoca la convención inexistente, le opondré su inexistencia. Sin duda, en esta ocasión, el Juez se verá obligado á decidir si la convención es ó no nula; pero si es efectivamente nula, se limitará á establecer esta nulidad; decidirá que no ha habido jamás conven-

[1] D. 21, 1. l. 34 y 38; *Infra*, § 168, I, D.

[2] 45, 1, l. 69; *Supra*, § 25, 1º.—Art. 1312 del Cód. civ. cit.

[3] *Inst.* 3, 19; § 1; D. 18, 1, l. 57.

ción; no anulará nada. Del mismo modo, si habiéndose rehusado una de las partes á ejecutar la convención inexistente, es demandada para ejecución de ella, hará también valer su inexistencia. Al contrario, dada una convención simplemente anulable, su réscisión tiene necesidad de ser exigida judicialmente. Las acciones disponibles para este fin, varían según las circunstancias: son las acciones que nacen de los contratos de buena fe, la *actio doli*, la *actio quod metus causa*, la restitución entera, la acción redhibitoria, la acción Pauliana, etc. Estas acciones son personales; se dan exclusivamente contra la parte contraria, y no contra los terceros detentadores de la cosa enajenada (1). La rescisión del contrato ni aun tiene por efecto hacer retornar al demandante la propiedad de la cosa, de manera que le permita revindicarla de los terceros; la propiedad no le vuelve sino por la retrotradición y en el estado en que le es transferida (2). La razón de esto es que, á pesar del vicio del contrato, éste ha sido concluído de una manera pura y simple y no bajo condición resolutoria; la tradición hecha en virtud de este contrato ha transferido á la parte adversa la propiedad plena y entera, la propiedad irrevocable de la cosa; desde entonces no puede tratarse de una revocación de la propiedad por el advenimiento de una condición resolutoria, sino solamente de una obligación para la parte adversa de restituir la cosa tal como la ha recibido (3). - Gene-

[1] D. 42, 8, l. 9; C. 4, 4, l. 10; Arg. D. 4, 4, l. 13, § 1 y l. 14.—Art. 1691 del Cód. civ. cit.

[2] C. 4, 44, l. 10; D. 42, 8, l. 9; *Id.* 21, 1, l. 43, § 8.

[3] Por derogación de estas reglas; 1.°, la *actio quod metus causa* y la restitución *in integrum* por causa de violencia moral, se dan contra cualquier detentador de la cosa arrancada por violencia (D. 4, 2, l. 9, § 4 y 8 y l. 14, § 5); 2°. Si la parte adversa es insolvente ó si el tercero detentador es de mala fe, la restitución *in integrum* es abierta contra los terceros (D. 4 44, l. 13, § 1 y l. 14.

ralmente la acción de rescisión del contrato está sometida á una corta prescripción: el silencio del que tiene derecho á la rescisión, si se prolonga durante cierto tiempo, es considerado como una confirmación tácita del contrato vicioso (1). Es así cómo el menor debe atacar las enajenaciones de sus bienes, hechas sin la autorización judicial, dentro de los cinco años á partir de su mayor edad, ó bien, si se trata de donaciones, en los diez años entre presentes y en los veinte entre ausentes (2); la restitución entera dura solamente cuatro años (3); la acción de dolo propiamente dicha, dos años (4); la *actio quod metus causa* con su carácter penal y la acción Pauliana propiamente dicha, un solo año (5); en fin, la acción redhibitoria, seis meses (6). Conforme á los principios generales sobre la confirmación (7), estos plazos no corren sino á partir del día en que la causa de la rescisión ha desaparecido (8).

2. Las convenciones inexistentes no admiten ninguna confirmación; es imposible hacer válida la nada. Solamente tienen las partes el derecho de concluir una convención nueva, que producirá sus efectos á datar de su conclusión; ella no tendrá nada de común con la antigua. Si, pues, se ha vendido una cosa fuera del comercio y más tarde esta cosa entra al comercio, las partes pueden celebrar una segunda venta; pero no confirmar la primera (9). Las convenciones anulables

---

[1] C. 5, 74, l. 3.
[2] L. 3 cit.
[3] C. 2, 52, l. 7.—Art. 425 del Cód. civ. cit.
[4] C. 2, 20, l. 8.—Art. 1666, del Cód. civ. cit.
[5] C. 2, 19, l. 4.—Art. 1667 del Cód. civ. cit.
[6] C. 4, 58, l. 2.—Art. 1660 del Cód. Civ. cit.
[7] *Infra*, núm. III, 2° de este §.
(8) C. 5, 74, l. 3; *Id.* 2, 52, l. 7, § 1.
(9) D. 50, 17, l. 48.

son susceptibles de confirmación, porque tienen una existencia jurídica, no obstante el vicio que las afecta, y este vicio puede ser borrado por la confirmación. Pero ésta supone que la causa de la rescisión del contrato ha desaparecido en el momento en que se quiere confirmarlo; de lo contrario, la confirmación es viciosa con el mismo título que el contrato primitivo. Particularmente, el menor que tiene derecho de hacerse restituir por entero contra una convención, no es admitido á confirmarla sino después de su mayor edad (1), y las convenciones sorprendidas por dolo ó arrancadas por amenazas no pueden ser confirmadas sino después que han sido descubiertas las maniobras fraudulentas (2) ó ha terminado la violencia moral (3). Por lo demás, la confirmación puede ser expresa ó tácita; es tácita cuando el que tiene derecho á la rescisión ejecuta un acto que no puede ser razonablemente interpretado sino en el sentido de una confirmación; por ejemplo, ejecuta voluntariamente el contrato entrega la cosa vendida ó paga el precio de la venta (4), ó bien guarda silencio durante los plazos mencionados para la prescripción de las acciones rescisorias (5). En lo que concierne al efecto de la confirmación, ella obra retroactivamente; se presume que la convención ha sido válida desde el principio; el vicio que la infectaba es borrado aún en cuanto al pasado, en virtud de la voluntad presunta de las partes (6). Así, un menor vende uno de sus bienes sin la autorización judicial; lo entrega al comprador y re-

(1) C. 2, 45, l. 1 y 2; *Id.* 5, 74, l. 2 y 3.—Art. 1677 del Cód. civ. cit.
(2) Arg. C. 2, 52, l. 7.
(3) C. 2, 19, l. 2.
(4) C. 2, 19, l 2.
(5) *Supra*, núm. III, 1º.
(6) C. 5, 74, l. 3, § 1.

cibe el pago del precio; el comprador nó adquiere la propiedad de la cosa (1) y no puede ejecutar válidamente actos de propiedad con respecto á ella; el vendedor queda propietario y conserva el derecho de disponer de ella. Pero si, después de su mayor edad, el menor confirma la venta, ésta se reputa válida á partir de su conclusión; se presume que el comprador se ha hecho propietario á partir de la tradición y del pago del precio (2) y los actos de propiedad emanados de él después de esta época son validados, mientras que refiriéndose los del vendedor al mismo período, caen como emanados de un no propietario.

IV. *De la nulidad subsiguiente de las convenciones.* Una convención regularmente concluída, es herida de nulidad subsecuente cuando una condición que debía persistir después de la perfección de la convención, viene á faltar inmediatamente en seguida. Entre las condiciones de la validez de los contratos, las hay que son exclusivamente requeridas en el momento de la conclusión del contrato; es claro que su desaparición subsecuente es indiferente (3). Pero hay otras que deben existir de una manera contínua desde la perfección del contrato hasta su ejecución; si una semejante condición falta después, el contrato es invalidado (4). Investiguemos ahora las condiciones de la segunda especie. La capacidad de las partes, su consentimiento y, en los casos en que es necesaria, la manifestación solemne del consentimiento no son con evidencia requeridas sino al tiempo de la conclusión del contrato. Por el contrario, los diferentes caracteres que debe

(1) C. 5, 71, l. 16.
(2) Arg. C. 5, 74, l. 3, § 1.
(3) D. 50, 17, l. 85.
(4) D. 34, 8, l. 3, § 2; *Id.* 45, 1, l. 98.

reunir la prestación para ser susceptible de formar el objeto del contrato, tienen necesidad de existir de una manera contínua desde la perfección del contrato hasta su ejecución; durante todo este período, la prestación debe permanecer ventajosa para el estipulante, suficientemente determinada y posible; si después cesa de ser ventajosa, determinada ó posible, el contrato es invalidado, por el mismo motivo por el cual hubiera sido no válido desde el principio si la condición hubiera faltado en el momento del contrato. Él será aniquilado de pleno derecho, independientemente de cualquiera rescisión judicial, del mismo modo que hubiera sido inexistente si desde el origen la prestación hubiera estado desprovista de interés para el estipulante ó hubiera sido indeterminada ó imposible (1). Hay, pues, lugar á aplicarle desde luego las reglas relativas á las convenciones inexistentes (2). Así:

1. Se estipula válidamente en favor del acreedor, porque se tiene interés en la ejecución de la estipulación (3). Pero el contrato será invalidado, si la deuda del estipulante hacia el tercero en provecho de quien él ha estipulado viene á extinguirse, porque el interés que presentaba el contrato habrá desaparecido.

2. Una cosa es vendida por el precio que ha de fijar A. Éste muere después de la venta y antes de haber fijado el precio. La venta es invalidada, porque no encierra ya elementos para llegar á la determinación del precio (4).

3. En el curso de un arrendamiento de cosas, la cosa arrendada perece accidentalmente; el contrato de

(1) Arg. D. 34, 8, l. 3, § 2; *Id.* 45, 1, l. 98.
(2) D. 45, 1, l. 83, § 5.
(3) *Inst.* 3, 19, § 20; *Infra*, § 111, II, B, 1° y *b initio*.
(4) Arts. 2813 y 2815 del Cód. civ. cit.

arrendamiento es disuelto (1).

4. La cosa vendida sale del comercio después de la conclusión de la venta; pero antes de la tradición; la venta es invalidada (2).

5. Alguno, después de haber estipulado una cosa á título gratuito, pero antes de haber recibido su entrega, la adquiere en virtud de un segundo título gratuito. La estipulación se extingue, porque comienza á recaer sobre la propia cosa del estipulante y no tiene objeto una acción de indemnización contra el promitente (3).

V.—*De la interpretación de las convenciones*, § 100 bis.

I. La interpretación de una convención debe naturalmente fundarse, ante todo, sobre los términos de la convención, porque ellos expresan la voluntad de las partes. En general, hay que atender al sentido usual de los términos, según las reglas del idioma. Sin embargo, si en la localidad en que el contrato se ha verificado, una expresión tenía otro sentido que el usual, la significación local debe prevalecer sobre la significación habitual; es la primera y no la segunda la que los contratantes han tenido en mira (4). La manera individual de hablar de las partes, si resulta claramente del contrato (5), será preferible á la significación local

(1) D. 19, 2, l. 19, § 6, l. 30. § 1; *Supra*, § 17, II, A.—Si sucede otra cosa en la venta, es por un motivo particular.—*Supra*, § 17, I, nota 1, t. 1, p. 99.—Art. 3019 del Cód. civ. cit.

(2) *Inst.* 3, 19, § 2; D. 45, 1, l. 83, § 5; Arg. D. 2, 20, l. 11, *Contra:* art. 1430, 1431 y 1442 del Cód. civ. cit.

(3) D. 44, 7, l. 17.

(4) D. 50, 17, l. 34; Arg. D. 33, 7, l. 18, § 3.—Art. 1324 del Cód. civ. cit.

(5) Arg. D. 32, *de leg.* III, l, 69.

de los términos, puesto que sólo ella es conforme á la voluntad común (1). Para lo demás, ó los términos del contrato son claros y precisos, ú obscuros ó equívocos.

A.) Si los términos del contrato son claros y precisos, hay que atenerse á ellos; no es entonces el caso de investigar de otra manera la voluntad de las partes; ella es expresada por los términos del contrato: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio* (2). Sin embargo, es posible que resulte manifiestamente de las circunstancias que los términos formales del contrato están en contradicción con la voluntad de las partes (3); se emplean frecuentemente expresiones impropias (4). En este caso, la voluntad real de las partes prevalece sobre los términos impropios de que se han servido y que no expresan sino su voluntad aparente; tal es el sentido de la máxima: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* (5). Vendiendo alguno la cosecha futura de un fundo de tierra, asume los riesgos del «mal tiempo.» Aunque esta expresión sea de las más precisas y comprenda las intemperies tanto ordinarias como extraordinarias, la cláusula de garantía debe restringirse á las intemperies de la última especie; el vendedor responderá solamente de las lluvias, heladas y sequías insólitas, contrarias al curso ordinario de las estaciones, y no de las lluvias, heladas y sequía ordinarias (6). En efecto, cuando se toma á cargo el riesgo de las intempe-

(1) Arg. D. 33, 7, l. 18, § 3; *Id.* 50, 17, l. 96.
(2) D. 32, *de leg.* III, l. 25, § 1.
(3) D. eod. l. 69.
(4) L. 69 cit., § 1.
(5) D. 50, 16, l. 219; *Id.* 18, 1, l. 6, § 1.
(6) D. 18, 1, l. 78, § 3.

ries, se limita generalmente la responsabilidad á las intemperies insólitas, y es necesario subentender en los contratos las cláusulas usuales (1).

B.) Las verdaderas dificultades de interpretación de las convenciones se presentan cuando los términos de ellas son obscuros ó equívocos, es decir, cuando á primera vista están desprovistos de todo sentido ó son susceptibles de dos. Se siguen entonces las reglas siguientes:

1. Es preciso, ante todo, buscar en el contrato mismo la explicación de la cláusula obscura ó equívoca; es el medio más directo para reconocer la voluntad de las partes. Las diversas cláusulas de un contrato forman un conjunto; se interpretan naturalmente las unas por las otras, las cláusulas obscuras ó ambiguas por las que son claras y precisas (2). La manera en que la convención ha sido ejecutada, servirá también para fijar su sentido (3).

2. Si el contrato mismo no proporciona la explicación de la cláusula obscura ó equívoca, se la debe interpretar en el sentido más verosímil (4). En consecuencia, se debe adoptar el sentido más conforme al uso del lugar en que el contrato se ha verificado (5) y, si el uso de los lugares no puede resolver la dificultad,

---

(1) D. 50, 17, l. 114.

(2) D. 50, 16, l. 126; Arg. D. 28, 1, l. 21, § 1; D. 30, *de leg.*, I, l. 50, § 3.—Gómez de la Serna y Reus García, *Anot.* al art. 249 del Cód. de Comercio Español.—Escriche, *Dicc.* "Interpretación de los contratos," regla 7.—Sala mexicano, tít. 2, p. 300 y sigts.—Sent. de los juzgados 1° y 2° de Letras de Guanajuato, de 28 de Nov. de 1853 (*Gacet. de Trib.*, tom 3, p. 283).

(3) Arg. D. 28, 1, l. 21, § 1.

(4) D. 50, 17, l. 114.—Sents. del Juzgado 3° civ., Mexico de 10 de Enero de 1854; *Id.* 2ª Sala del Trib. de Justicia, de 2 de Marzo de 1855 (*Gacet. de Trib.*, tom. 4, p. 166 y 167).

(5) D. 50, 17, l. 34 y 114.

se debe considerar lo más verosímil desde el punto de vista racional. Así es cómo, cuando un contrato de arrendamiento expresa que una casa es arrendada "por dos años y á razón de 1,000 francos," el valor locativo de la casa servirá para decidir si el precio de 1,000 francos es un precio anual ó un precio total (1).

3. Al lado de estos principios de interpretación comunes á las cláusulas oscuras y equívocas, se colocan subsidiariamente reglas especiales para las segundas. Si con uno de los sentidos la cláusula ambigua produce efecto, mientras que con el otro no produce ninguno, se debe dar preferencia al primer sentido. La razón exige atribuir, tanto como sea posible, un alcance á la convención; no debe admitirse sin necesidad una cláusula inútil ó sin objeto (2). Si, pues, un acreedor hipotecario autoriza á su deudor á vender la cosa hipotecada, la autorización debe ser entendida en el sentido de que habiendo renunciado el acreedor á su hipoteca, el deudor puede vender la cosa entera y libre de la hipoteca, y no en el sentido de que el deudor podrá vender la cosa con la hipoteca que la grava. De pleno derecho el deudor goza de la última facultad, y por tanto, si la autorización del acreedor no se refiriese sino á la venta de la cosa con hipoteca, estaría desprovista de objeto (3). Si los dos sentidos de la cláusula ambigua le dan efecto, se presume en favor de aquel que conviene mejor á la naturaleza de la convención; este sentido es el que los contratantes han debido tener en mira (4). Un contrato de arrendamiento expresa que una casa es arrendada "por dos años y á razón de 1,000

(1) D. 45, 1, l. 41; *Id.* 20, 4, l. 13; *Id.* 19, 2, l. 29.

(2) D. 45, 1, l. 80; *Id.* 34, 5, l. 21, § 1; Arg. D. eod. l. 12; *Id.* 50, 17, l. 172, § 1; *Id.* 5, 1, l. 66.

(3) D. 20, 6, l. 4, § 1; *Id.* 21, 2, l. 31.

(4) D. 50, 17, l. 67.

francos;» si el valor locativo de la casa no permite decidir que el precio de 1,000 francos sea anual, ó total, se debe admitir más bien un precio anual, porque éste es más conforme á la naturaleza del arrendamiento de casas que el precio total (1). Si los dos sentidos dan efecto á la cláusula y convienen igualmente á la naturaleza del contrato, hay que detenerse en aquel que deroga menos el derecho común del contrato, es decir, en los efectos que el contrato habría producido sin la cláusula ambigua, porque las excepciones de un principio de derecho son de extricta interpretación. Por esto en la duda sobre si una condición es suspensiva ó resolutoria, se admite que es resolutoria (2).

4. Si ninguna de estas reglas es aplicable, hay que pronunciarse contra la parte que invoca la cláusula obscura ó equívoca y quiere deducir de ella un derecho en su favor. En efeeto, esta parte, en razón de su interés, debía explicarse más claramente; habría debido disipar la duda por una redacción más precisa: ella es la causa de la duda y debe soportar sus consecuencias (3). Según esto, las convenciones que no contienen sino una estipulación de parte de uno de los contratantes, se interpretan generalmente en favor del promitente (4), y en particular el contrato verbal de la estipulación en favor del promitente (5), la donación en favor del donante (6), la renuncia en favor del re-

---

(1) D. 39, 2, l. 43; *Id.* 44, 7, l. 47; *Infra*, § 116, *Ter.* I, B.

(2) D. 18, 2, l. 2; *Supra*, § 97, I, C.

(3) D. 2, 14, l. 39; *Id.* 18, 1, l. 21; *Id.* 45, 1, l. 99.—Partida 7, tít. 33, l. 2.

(4) D 45, 1, l. 99, l. 38, § 18; *Id.* 34, 5, l. 26; *Id.* 50, 17, l. 56, 168 y 192.

(5) Id., Id., Id.

(6) Arg. D. 12, 6, l. 67, § 3; *Id.* 22, 3, l. 25, § 4.—Art. 1325 del Cód. civ. cit.

nunciante (1), el préstamo, el depósito y el contrato de prenda en favor del mutuante, del depositario y de aquel que ha recibido la prenda. Sobre todo, si hay duda sobre el monto de la deuda, se admite la menor suma (2). Del mismo modo, en las convenciones en que cada contratante hace una estipulación, la cláusula obscura ó equívoca se interpreta ordinariamente en favor de la parte que ha prometido en el caso especial de que se trata; en otros términos, se interpretan restrictivamente las obligaciones del vendedor y del comprador, del arrendador y del arrendatario, de los socios y de los copermutantes. Si se han vendido dos cosas alternativamente ó una cosa *in genere*, y el contrato guarda silencio sobre la elección, ésta pertenece al vendedor (3). Se explicarán también en favor del vendedor las cláusulas que tienen por objeto extender la obligación de garantía en caso de evicción ó de vicios ocultos de la cosa vendida, así como aquellas por las cuales el comprador estipula el derecho de rescindir la venta (4). Pero se deben entender en interés del comprador las cláusulas relativas al pago del precio (5), las que tienden á restringir la obligación del vendedor en cuanto á la evicción (6) ó á los vicios ocultos de la cosa, en fin, á aquellas que confieren al vendedor el derecho de rescindir el contrato (7). Sin embargo, la regla según la cual las convenciones se interpretan en

---

(1) D. 2, 14, l. 3; *Id.* 8, 2, l. 21, *Id.* 8, 3. l. 20; C. 4, 29, l. 21.

(2) D. 50, 17, l. 9; *Id.* 23, 3, l. 10, § 6.—Sent. del Juzgado de Hacienda de México, de 28 de Febrero de 1857; Id. del Trib. Sup. del Distrito de íd., de 12 de Abril de 1857 (*Gacet. de Trib.* t. 4, p. 46 y 47).

(3) D. 18, 1, l. 25 y 34, § 6, l. 60.

(4) D. 41, 4, l. 2, § 5.

(5) D. 19, 1. l. 21, § 6; *Id.* 8, 3, l. 30.

(6) D. 8, 2, l. 17, § 3; *Id.* 18, 1, l. 33.

(7) D. 18, 2, l. 2; *Id.* 18, 3, l. 1; *Id.* 41, 4, l. 2, § 3 y 4.

caso de duda, en favor del promitente, cesa con su motivo cuando éste invoca una cláusula restrictiva de su promesa. En este caso, hay que pronunciarse contra él, porque él y no el estipulante debía formular más claramente la cláusula restrictiva (1). Tal es el caso en que, después de haber prometido todo un grupo de cosas, se exceptúan algunas de este grupo; pero sin la precisión necesaria (2), ó bien hay duda sobre el alcance de una condición ó de un plazo añadido á la promesa (3) y esta modificación de la regla enunciada es verdadera, tanto para las convenciones bilaterales, como para las unilaterales (4). Hay una disposición especial para la constitución de dote; entonces hay que pronunciarse siempre en un sentido lato, en razón del favor de que goza el matrimonio (5).

5. Si la cláusula es de una obscuridad tal que no se le puede atribuir ningún sentido, en una palabra, si ella es ininteligible, no queda sino considerarla como no escrita (6). Sucede lo mismo con las cláusulas contradictorias; la contradicción excluye la voluntad (7).

II. Hecha abstracción de la explicación de los términos de la convención, se siguen también para la interpretación de ella, las siguientes reglas:

1. Se subentienden en los contratos las cláusulas usuales, aunque los términos del contrato no hagan alusión á ellas (8). Tal es la voluntad de las partes;

---

(1) D. 45, 1, l. 99.

(2) L. 99 cit.

(3) Arg. D. 18, 2, l. 2.

(4) Maynz, I, § 37.

(5) D. 50, 17, l. 85; *Id.* 23, 3, l. 2 y 70.

(6) Arg. D. 50, 17, l. 73, § 3; *Id.* 34, 5, l. 10 y 27.

(7) Arg. D. 50, 17, l. 188.—Art. 1324 del Cód. civ. cit.; Partida 3ª, tít. 18, l. 111.

(8) D. 21, 1, l. 31, § 20; Cobarruvias, *de Testam.*, part. 2, núm. 41.—Art. 1310 del Cód. civ. cit.

si ellas hubieran entendido derogar el uso, lo habrían declarado; por su silencio han manifestado la voluntad tácita de contratar conforme al uso. Con ocasión del establecimiento de la servidumbre *oneris ferendi*, el propietario del fundo sirviente tenía el hábito de obligarse á mantener en buen estado el muro de sostenimiento (1). Se acabó por considerar esta cláusula como inherente á la servidumbre *oneris ferendi*, aunque hubiera sido omitida (2). La obligación de sostener el muro inferior se hizo también un accesorio de dicha servidumbre; ella incumbía al propietario del fundo sirviente en esta calidad, frente á frente del propietario del fundo dominante, y se trasmitía activa y pasivamente á todos los adquirentes de los dos inmuebles (3). A veces la cláusula usual no es precisamente subentendida en el contrato; pero se permite al que tiene derecho á ella hacérsela cumplir por la acción del contrato. En las ventas de alguna importancia, el comprador estipulaba por costumbre el doble del precio de venta para el caso en que la cosa vendida hubiera sido perdida por evicción ó infectada de vicios ocultos, ó bien no hubiera tenido las cualidades prometidas; era la *stipulatio duplæ* (*scilicet æstimationis*). Si ella había sido omitida al tiempo del contrato, el comprador podía inmediatamente después, por la *actio empti*, exigir del vendedor que le cumpliese la *stipulatio duplæ*; cumplida ésta, intentaba la *actio ex stipulatu* en pago del doble del precio de venta, si la cosa vendida se perdía por evicción ó era viciosa ó bien no tenía las cualidades prometidas (4).

(1) D. 8, 2, l. 33; *Id.* 8, 5, l. 6, § 2 y 5.
(2) L. 6, § 2, cit.; D. 8, 2, l. 33.
(3) D. 8, 5, l. 6, § 2.
(4) D. 21, 1, l. 31, § 20; *Id.* 21, 2, l. 2, 6 y 37, § 1; *Infra*, § 106, II, y § 108, II; *Supra*, núm. I, A, de este §.

2. Si el contrato cita un caso particular de aplicación, por ejemplo, un accesorio que debe entregarse por el vendedor, una reparación que incumbe al arrendador, esta circunstancia no autoriza para restringir la aplicación del contrato á este caso particular; se aplica también á todos los demás á los cuales se extiende en virtud del derecho común. Las partes no han querido en manera alguna excluir este derecho (1).

III. Las reglas mencionadas no son verdaderas en toda su plenitud sino para las convenciones de buena fe. Las de derecho extricto se interpretan rigurosamente; se atiende á los términos y aun al sentido literal de ellos, más bien que á la voluntad de las partes; directamente esta voluntad no es tomada en consideración (2). En consecuencia:

1. Si los términos de la convención de derecho extricto son claros y precisos, hay que detenerse en ellos, aunque no correspondan á la voluntad real de los contratantes (3).

2 No se subentienden en las convenciones de derecho extricto las cláusulas usuales (4).

3. Los términos de una convención de derecho extricto se interpretan según su sentido literal y no según su sentido racional. Si un comprador se había hecho prometer por estipulación el doble del precio de venta para el caso de evicción de la cosa, sin mencionar la hipótesis de la evicción parcial, no era admitido á prevalerse de la estipulación en el caso de una evicción parcial (5).

---

(1) D. 50, 17, l. 81; *Id.* 17, 1, l. 56; *Supra*, núm. I, A, de este §.
(2) D. 21, 2, l. 56, § 2.
(3) Arg L. 56, § 2 cit.
(4) Arg. D. 21, 1, l. 31, § 20.
(5) D. 21, 2, l. 56, § 2.

VI.—De los efectos de las convenciones entre las partes

A). *De la irrevocabilidad de las convenciones;* § 101.

En general, las convenciones son irrevocables; hacen la ley de las partes: uno de los contratantes no puede desistirse de ellas sin el consentimiento de la otra (1). En efecto, el objeto de los contratos es precisamente ligar á las partes; admitir un desistimiento unilateral, sería destruir la fuerza obligatoria de los contratos, y por tanto, su valor jurídico. Sin embargo:

I. Una de las partes puede desistirse del contrato por su sola voluntad desde luego, en virtud de una cláusula especial, de un pacto de desistimiento *(pactum displicentiæ)* (2); después de pleno derecho en ciertos contratos, conforme á las reglas que le son propias. Estos contratos son:

1. El arrendamiento de cosas, concluído por un tiempo determinado, y el arredamiento de servicios en general (3).

2. el mandato (4),

3. la sociedad (5),

4. el precario (6),

5. los contratos reales nominados, que ofrecen analogía con una de las convenciones mencionadas, y so-

---

(1) C. 4, 10, l. 5.—Art. 1278 del Cód. civ. cit.

(2) D. 21, 1, l. 31, § 22; *Id.* 18, 1, l. 3.

(3) *Infra*, § 126, 1° y § 131.—Arts. 2441 á 2444 del Cód. Civ. cit.

(4) *Infra* § 140, 1°.—Art. 2398 del Cód. civ. cit.—Partida 3ª, tít. 5, l. 24.—Sents. del Juzgado 6° civ. de México, de 28 de Abril de 1869 y 2ª Sala del Trib. Sup. del D. F. de íd., de 6 de Junio de 1870 *(El Derecho*, tom. 5, p. 197 y 199).

(5) *Infra*, § 158, I.—Arts. 2308, fr. IV, 2313, 2314 y 2315 del Cód. Civ. cit..

(6) *Infra*, § 152, 4°.

bre todo, con el mandato. Si, pues, alguno se ha encargado de un negocio por nuestra cuenta, mediante una indemnización pagada de antemano, somos libres de volver sobre tal contrato por nuestra sola voluntad, independientemente de toda culpa de parte de nuestro co-contratante, y la indemnización pagada puede ser repetida como indebida por una *condictio sine causa*, hecha deducción de los gastos legítimos del cocontratante (1). El contrato inominado que se ha verificado en el caso, es perfectamente análogo al mandato, y el derecho de revocación del dueño del negocio se justifica de la misma manera (2). Pero el derecho de retracto no existe de ninguna manera en los contratos reales inominados que no son análogos á otro contrato que admita un desistimiento unilateral. Nos fundamos sobre el carácter synalagmático de los contratos reales inominados (3); es de la esencia de los contratos synalagmáticos obligar á los dos contratantes. Además, siendo la convención relativa al contrato inominado, al menos un *nudum pactum*, debe producir una excepción en favor de cada parte; luego si ella ha sido ejecutada por una de las partes, la acción en repetición *ex mera pœnitentia* de la cosa dada en pago, sería rechazada por una excepción de dolo (4). Sin embargo, la cuestión es de las más controvertidas; muchos autores enseñan que aunque el contrato real inominado haya llegado á la existencia por la ejecución de una de las prestaciones, aquel que la ha hecho no está de ninguna manera ligado, sino que puede desprenderse por su sola voluntad y repetir la cosa dada en pago. Se le otorga de

---

(1) D. 12, 4, l. 5.
(2) D. eod. l. 3, § 2 y 3; l. 5, § 1 y 2.
(3) D. 2, 14, l 7, § 2.
(4) Wangerow, III, § 599.

una manera general el *jus pænitendi* y una *condictio ex mera pænitentia*, por antítesis con la *condictio causa data causa non secuta*, que supone que la parte adversa ha faltado por su culpa á su obligación recíproca (1).

6. En fin, las donaciones á causa de muerte (2).

II. Se puede también á veces desprenderse de un contrato por ciertos motivos legítimos, y particularmente por causa de incapacidad (3), de dolo (4), de violencia moral (5), de vicios ocultos, ó de ausencia de las cualidades prometidas (6). Hay también bastante numerosos contratos bilaterales, cuya rescisión es permitido demandar por causa de la inejecución de las obligaciones de la parte adversa (7). Además, la venta y la convención relativa á una partición extrajudicial, pueden ser rescindidas por causa de lesión (8), y las donaciones entre vivos son revocables en algunos casos particulares (9).

B). *De la trasmisión de las obligaciones convencionales á los herederos de las partes;* § 102.

Las obligaciones que nacen de las convenciones, se trasmiten activa y pasivamente á los herederos de las partes (10), por la razón de que se presume que al contratar promete y estipula para sí y para sus herede-

(1) Molitor, I, núm. 534.—Ortolan, III, núm. 1600; *Contra*: Maynz, II, § 204.

(2) *Inst.* 2, 7, § 1 —Arts. 2602 y 3472 del Cód. civ. cit.

(3) *Supra*, § 87.

(4) *Supra*, § 94.

(5) *Supra*, § 95.

(6) *Infra*, § 107 y 108.

(7) *Infra*, § 104.

(8) *Infra*, § 109 y 110.

(9) *Infrá*, § 173.

(10) C. 8, 37, l. 13; D. 45, 1, l. 38, § 2 y 3.—Art. 3227 del Cód. civ.

ros (1). La regla cesa solamente con su motivo en los contratos que tienen por causa determinante la consideración de la persona del cocontratante. Tales son:

1. el mandato (2),

2. la sociedad (3),

3. el arrendamiento de servicios en general, en el sentido de que es intrasmisible á los herederos del obrero. A veces también la empresa no pasa á los herederos del empresario (4),

4. la aceptación de las funciones de árbitro, no se trasmite á los herederos del árbitro (5),

5. los contratos reales inominados que se parecen á una de las convenciones precedentes y particularmente al arrendamiento de obra ó al mandato,

6. el contrato verbal de estipulación aplicada á una de las convenciones mencionadas. Algunos jurisconsultos romanos reputaban intrasmisibles á los herederos de las partes todas las estipulaciones que tienen por objeto un hecho del hombre, á menos que se hubiera mencionado especialmente á los herederos (6); el hecho del hombre se les representaba como teniendo siempre un carácter personal respecto del deudor y del acreedor (7). Justiniano condenó su doctrina (8). Pero, aun en su legislación, se debe admitir que si una convención intrasmisible por su naturaleza, como un arrendamiento de servicios en general, ó un mandato, es revestida de la forma de la estipulación, queda in-

(1) D. 22, 3, l. 9.
(2) *Infra*, § 140, 2°.
(3) *Infra*, § 158, II.
(4) *Infra*, § 131.
(5) *Infra*, § 181, 1°.
(6) C. 8, 37, l. 13 y 15, § 1.—Art. 1420 del Cód. civ. cit.
(7) Arg. l, 13, § 2 cit.
(8) L. 13 cit; C. eod., l. 15, § 1.

trasmisible, y esta regla se opone á la trasmisión de un gran número de estipulaciones de hacer á los herederos del deudor.

C). *De la ejecución de las convenciones bilaterales;* § 103.

1. En principio, ninguna de las partes está obligada á ejecutar la primera las obligaciones que le impone el contrato bilateral; el vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida antes de haber recibido el precio de venta, y recíprocamente el comprador no debe pagar el precio en tanto que no ha recibido la entrega de la cosa. En los contratos synalagmáticos, los dos contratantes están naturalmente colocados en la misma línea, y por tanto, ninguno de ellos debe tomar la iniciativa de la ejecución del contrato. Pero, precisamente por este motivo, si una de las partes quiere demandar ante los Tribunales la ejecución de las obligaciones de la otra parte, debe comenzar por llenar sus propios compromisos. El vendedor que desea reclamar el pago del precio, debe previamente entregar la cosa; el comprador, antes de exigir la entrega, debe pagar el precio. Si esta regla es infringida; si uno de los contratantes demanda la ejecución del contrato que él mismo no ha ejecutado, puede ser rechazado por una excepción de dolo (1), llamada vulgarmente *exceptio non adimpleti contractus* ó *non rite adimpleti contractus*, según que el demandante no haya llenado en lo absoluto su obligación, ó bien la haya llenado de una manera incompleta. En efecto, hay mala fe en querer forzar á la parte adversa á que tome la

(1) Gayo, IV, 126; D. 19, 1, l. 13, § 8 y l. 25; C. 2, 3, l. 21; *Id.* 8, 44, l. 5.—Art. 1434 del Cód. civ. cit.—Sala Dublán y Méndez, t. 2, p. 828; Guzmán, *de evictionibus*, quæst. 24, núm. 80.

iniciativa de la ejecución del contrato bilateral. En lo que concierne á la prueba, el demandado que opone esta excepción de dolo, está sin duda obligado á establecer la existencia de la obligación recíproca del demandante, puesto que se funda en ella para estar dispensado provisionalmente de la ejecución de la suya. Pero la existencia de la obligación recíproca del demandante resulta de la acción misma, que contiene la confesión del contrato synalagmático, y por tanto, de la obligación recíproca del demandante. Si éste sostiene que ha satisfecho sus compromisos, á él toca probarlo, porque constando la existencia de un derecho, su continuación se presume hasta prueba contraria (1). Se cuestionan á veces estas reglas, si no para la *exceptio non adimpleti contractus*, al menos para la *exceptio non rite adimpleti contractus;* algunos autores enseñan que al demandado corresponde probar la ejecución defectuosa del contrato por parte del demandante (2).

2. Por derogación de la regla enunciada, en los contratos synalagmáticos que tienen por objeto el goce de una cosa ó servicios mediante un determinado precio, el deudor del goce ó de los servicios, debe tomar la iniciativa de la ejecución del contrato; el precio no es exigible sino después de la prestación del goce ó de los servicios. Tal es la voluntad de las partes; el que contrata en vista del goce de una cosa ó de servicios, estipula una cosa futura que no debe pagar sino en tanto que esa cosa futura le ha sido proporcionada (3); desde entonces el goce de la cosa ó los servicios deben ser prestados antes del pago del pre-

---

(1) Sin embargo, á Maynz, II, § 204, nota 8; *Infra*, § 104, I, 2°.

(2) En nuestro sentido, Maynz, III, § 204, notas 8 y 9.

(3) *Supra*, § 17, II.

cio. En consecuencia, en el arrendamiento de cosas ó de obras, el arrendatario ó el dueño de la obra puede reclamar judicialmente la prestación del goce ó los servicios independientemente del pago del precio, sin que se le pueda oponer una excepción de dolo. Pero el arrendador, el obrero ó el empresario, que reclamara el precio antes de haber proporcionado el goce ó prestado los servicios convenidos, sería rechazado por dicha excepción (1). Además, con ocasión de un contrato bilateral cualquiera, es facultativo para las partes convenir en que las respectivas prestaciones se seguirán en un orden determinado, por ejemplo, que el precio de venta no será exigible sino un mes después de la entrega de la cosa, que el arrendatario pagará el precio del arrendamiento periódicamente después de la expiración de determinado plazo, y esta última cláusula es aún usual. Entonces las prestaciones recíprocas deben sucederse en el orden convenido; el vendedor debe comenzar por entregar la cosa y el comprador no debe pagar el precio sino un mes más tarde; el arrendador debe desde luego hacer gozar al arrendatario; pero, á la expiración de cada plazo, el arrendatario está obligado á pagar el precio convenido (2).

D.) *De la rescisión de las convenciones bilaterales por causa de inejecución;* § 104.

I. Cuando, en un contrato bilateral, una de las partes falta á sus obligaciones, la otra puede á veces demandar la rescisión del contrato, en virtud de la voluntad presunta de las partes. Se presume que éstas han querido que, no ejecutando una de ellas el contra-

(1) Arg. D. 19, 2, l. 24, § 2 y l. 55, § 2.
(2) *Infra*, § 124, II, 1º.—Arts. 1436 y 2856 del Cód civ. cit.

to, la otra estuviese autorizada para hacerse desligar igualmente de sus obligaciones, provocando la rescisión del contrato. Bajo este aspecto pueden distinguirse tres grupos de contratos bilaterales: los que son inominados; los nominados, pero que establecen entre las partes una relación contínua; y los que siendo nominados crean entre los contratantes una relación simplemente pasajera.

1. En todos los contratos synalagmáticos inominados, el Derecho Romano admite de una manera absoluta la rescisión de contrato por causa de inejecución. Siempre que el contrato ha llegado á existir por la ejecución de una de las prestaciones, y la parte que ha recibido esta prestación está en mora de llenar su obligación recíproca, poco importa cómo, con tal de que una culpa le sea imputable (1), el acreedor tiene la facultad de hacer rescindir el contrato y de repetir lo que ha pagado; dispone á este fin de la *condictio causa data causa non secuta* (2). La regla es verdadera entre otros contratos para la permuta (3), la transacción (4) y el contrato estimatorio (5). Se justifica por una consideración histórica. Durante todo el tiempo de la República, fuera de los cuatro contratos reales nominados, la simple prestación de una cosa ó de un hecho en vista de una prestación recíproca, no producía ninguna acción á efecto de obtener ésta. Pero, á falta de una acción sobre ejecución del contrato, si la prestación recíproca no se verificaba, se era admitido á repetir por la *condictio causa data causa non secuta* lo que se había pagado. Bajo el Imperio se otorgó la acción

(1) *Supra*, § 101, I, 5°.—Arts. 1421 y 1459 del Cód. civ. cit.
(2) D. 19, 5, l. 5, § 1.
(3) L. 5, § 1 cit.; C. 4, 64, l. 5.
(4) C. 2, 4, l. 14.
(5) D. 19, 3, l. 1, § 1.

præscriptis verbis sobre ejecución del contrato; pero se mantuvo al lado de ella la antigua acción sobre repetición contra la parte adversa que había faltado á sus obligaciones (1).

2. La rescisión del contrato por inejecución existe también en los contratos synalagmáticos nominados, cuando producen entre las partes una relación contínua ó sucesiva, relaciones de una cierta duración. A esta categoría pertenecen el arrendamiento, el contrato enfitéutico y la sociedad. Pero aquí se requiere una inejecución grave del contrato; el deudor debe haber faltado de una manera esencial á sus obligaciones. No se puede obrar sobre rescisión del contrato en razón de una violación ligera del contrato mismo, porque no se podría admitir que las partes hayan querido que todo su contrato pudiera caer por la menor infracción cometida. En particular, el arrendador de una cosa está autorizado para hacer rescindir el arrendamiento si el arrendatario no ha pagado la renta desde hace dos años (2), ó bien si deteriora considerablemente la cosa arrendada (3). El mismo derecho compete al arrendatario, si el arrendador tarda mucho para la entrega de la cosa (4), ó bien si el arrendatario es turbado gravemente en el goce pacífico de la cosa (5). En el caso de un contrato enfitéutico, el dueño del fundo puede obrar sobre rescisión del contrato cuando el enfiteuta ha cesado desde hace tres años de pagar la renta ó los impuestos (6), cuando deteriora gravemente

(1) *Supra*, § 83, II, 3°.

(2) D. 19, 2, l. 54, § 1 y l. 56 —Arts. 2962 y 3010, fr. I del Cód. civ. cit.

(3) L. 54, § 1 cit.; C. 4. 65, l. 3.—Art. 3010, fr. II del Cód. civ. cit.

(4) Arg. D. 19, 2, l. 60.—Art. 2950, fr. I y 2951 del Cód. civ. cit.

(5) D. eod., l. 25, § 2 y l. 60; *Id.* eod., l. 24, § 4, l. 25, § 2 y *Novella*, 120, cap. 8.—Arts. 2950, frs. III y IV, 2952, 2953, 2954 del Cód. civ. cit.

(6) C. 4, 66, l. 2, § 1; *Novella* 7, cap. 3, § 2; *Id.* 120, cap 8.—Arts. 3123, 3129 del Cód. civ. cit.

el inmueble (1), ó descuida denunciar al dueño la enajenación del enfitéusis (2). Así tambien, en materia de sociedad, cada parte puede renunciar al contrato si sus consocios no llenan sus obligaciones; aunque el plazo por el cual la sociedad ha sido establecida no haya expirado todavía y en principio esta renuncia anticipada sea prohibida (3). Y estas disposiciones de las leyes romanas no tienen nada de limitativo; deben ser extendidas por analogía á todos los contratos synalagmáticos nominados que producen entre las partes relaciones contínuas.

3. Quedan los contratos synalagmáticos nominados de los que no resultan sino relaciones pasajeras. Aquí la inejecución de las obligaciones del cocontratante no permite por regla general demandar la rescisión del contrato; autoriza solamente para reclamar daños y perjuicios. Tal es el caso de la venta. Si el comprador no paga el precio convenido, el vendedor puede demandar su pago con los intereses moratorios, si hay lugar; no puede exigir que la venta sea rescindida y que la mercancía entregada le sea devuelta (4). Del mismo modo, si el vendedor no entrega la cosa ó si el comprador es privado de ella por evicción, este último no tiene derecho sino á la tradición de la cosa ó á los daños y perjuicios, y no á la rescisión de la venta y á la restitución del precio (5). No creando el contrato sino relaciones temporales entre las partes, los daños

---

(1) *Novella* 7, cap. 3, § 2; *Id.* 120, cap. 8; Arg. C. 4, 66, l. 2, § 1 y l. 3, § 6.—Art. 3125 del Cód. civ. cit.

(2) C. eod., l. 3, § 1 y 6.—Art. 3138 del Cód. civ. cit.

(3) D. 17, 2, l. 14 y 15.—Arts. 2309 y 2314 del Cód. civ. cit.

(4) C. 4, 38, l. 8; *Id.* 4, 44, l. 14; *Id.* 4, 49, l. 6.—Arts. 2818, 2822, 2895 y 2899 del Cód. civ. cit.

(5) C. eod., l. 12; D. 21, 2, l. 70.—Arts. 2822, 1488, 1497, 1498, 1499 y demás relativos del Cód. civ. cit.

y perjuicios que debe pagar el deudor constituyen una satisfacción plena y entera para el acreedor; la rescisión del contrato es inútil. Es preciso, sin embargo, exceptuar el caso en que, á consecuencia de la mora del deudor, la ejecución del contrato no ofrece ya ninguna utilidad para el acreedor; entonces éste puede demandar la rescisión del contrato. Uno compra caballos que deben entregársele en la feria próxima; el vendedor no los entrega en el día convenido; de nada serviría al comprador obtenerlos más tarde; el objeto del contrato se ha frustrado y por consiguiente el comprador puede hacerlo rescindir (1). O bien, uno compra una cosa infectada de vicios que dan lugar á la garantía; es siempre posible que no hubiera comprado la cosa á ningún precio si hubiera conocido el vicio; puede siempre sostener que el objeto que se proponía por el contrato se ha frustrado y demandar por la acción redhibitoria la rescisión de la venta (2). Fuera de estas especies excepcionales, si las partes quieren que el contrato quede sujeto á rescisión por causa de inejecución, deben formular una convención especial, que se llama pacto comisorio. Este pacto era de una gran frecuencia en la venta (3).

Casi todos los intérpretes del Derecho Romano enseñan que, hecha la abstracción de los contratos inominados, la inejecución de los contratos bilaterales de parte de uno de los contratantes no autoriza al otro para demandar la rescisión (4). Esta doctrina no toma en cuenta absolutamente las múltiples decisio-

---

(1) Arg. C. 4, 49, l. 10.

(2) D. 21, 1, l. 1, § 1 y 2; *Infra*, § 108, I, A, 2°.—Arts. 2873 y 2875 del Cód. civ. cit.

(3) D. 18, 3, *Infra*, § 187.

[4] Maynz, II, § 204, Machelard, *Obligat. nat.*, p. 51, nota 1.

nes de las leyes romanas que hemos referido antes.

II. En los límites que acaban de ser indicados, si una de las partes falta al contrato bilateral, la otra puede hacerlo rescindir judicialmente: la rescisión del contrato no obra de pleno derecho, por sólo que uno de los contratantes haya faltado á la ejécución. En efecto, esta inejecución autoriza al cocontratante para optar entre la rescisión del contrato y su ejecución con daños y perjuicios; á él toca examinar si hay lugar á tomar el primero ó el segundo partido; es libre para decidirse por el segundo. La acción de rescisión es la *condictio causa data causa non secuta*, si se trata de contratos inominados; para los demás, es la acción que nace del contrato de buena fe, ó bien una acción especial como la acción redhibitoria (1). Por lo demás, la rescisión del contrato no hace volver la propiedad de la cosa al demandante, de manera que pueda revindicarla contra terceros; la propiedad no vuelve á él sino por la retrotradición y en el estado en que le es transferida. Es la aplicación de una regla general sobre las acciones rescisorias (2).

E.) *De la garantía por causa de evicción.*—§ 105. *Condiciones de la garantía.*

I. *Evincere rem* es quitar una cosa á alguno á consecuencia de una victoria que, en derecho, no puede ser sino una victoria judicial. En efecto, el recurso de garantía por causa de evicción supone que alguno, después de haber recibido una cosa en virtud de una convención á título oneroso, ha sido despojado judicialmente de ella á consecuencia de un vicio en los dere-

[1] D. 21, 1, l. 1, § 1 y 2.—Arts. 1349, 1421, 1434 y 1459 del Cód civ. cit.

[2] *Supra*, § 100, III, 1º.—Art. 1691 del Cód. civ. cit.

chos de su autor, vicio que ignoraba al tiempo del contrato. De aquí las siguientes condiciones:

A) El recurso de garantía por causa de evicción exije una convención á título oneroso. Se verifica en los casos de venta (1), de permuta (2), de arrendamiento de cosas (3), de sociedad, de partición convencional (4), del contrato de prenda (5), de dación en pago (6), de transacción (7), etc. Sin embargo, en lo que concierne á la transacción, la garantía es debida solamente por la cosa *con* la cual se transije; ésta hace el objeto de una verdadera enajenación (8). La garantía no es debida respecto de la cosa *sobre* la cual se transije; la parte que abandona esta cosa á su cocontratante, se limita á renunciar á sus pretensiones sobre ella (9). El fundo Corneliano se litiga entre A y B; A lo abandona á B, á condición de recibir de éste el fundo Semproniano; A tiene derecho á la garantía respecto del fundo Corneliano (10). Por el contrario, las convenciones á título gratuito y particularmente la donación (11) y la constitución de dote (12), no obligan en principio á la garantía por causa de evicción; aquel que hace una liberalidad no entiende transferir al gratificado sino los

---

[1] D. 19, 1, l. 11, § 2; *Id.* 21, 2, l. 60.—Arts. 1488 y 2850, fr. III.

[2] D. 19, 4 l. 1, § 1; C. 8, 44, l. 29 —Art. 2933 del Cód. civ. cit.

[3] D. 19, 2, l. 9 —Art. 2972 del Cód. civ. cit.

[4] D. 10, 3, l. 10, § 2; *Id.* 21, 2, l. 66, § 3.—Arts. 2266 y 2809 del Cód. civ. cit.

[5] D. 13, 7, l. 16, § 1 y l. 32.—Arts. 1790 y 1806 del Cód. civ. cit.

[6] C. 8, 44, l. 4.—Art. 1489 del Cód. civ. cit.

(7) Arg. C. 2, 4, l. 33, § 1.—Art. 3181 del Cód. civ. cit.

(8) C. 2, 4, l. 21 —Art. cit.

(9) C. 2, 4, l. 33, § 2.

(10) Puchta, *Pand.*, § 362, nota *b.*

(11) Paulo, V, 11, § 5; D. 39, 5, l. 18, § 3 —Art. 2622 del Cód. civ. cit.

(12) D. 23, 3, l. 69, § 7; C. 5, 12, eod., l. 1, § 2; *Supra*, § 84, nota 12; *Contra*: art. 2128 del Cód. civ. cit.

derechos que puede tener él mismo sobre la cosa donada. Hay excepción de esta regla:

1. Cuando el autor de la liberalidad ha conocido el vicio de su derecho y no ha advertido acerca de esto al gratificado. En este caso, ha engañado al gratificado y se responde siempre del propio dolo (1).

2. Cuando la liberalidad consiste en la promesa de donar una cosa determinada solamente en cuanto á su género ó bien una cantidad de cosas fungibles. Una semejante promesa, aunque hecha á título gratuito, obliga á donar una cosa de que el donante sea plenamente propietario; el pago de una cosa perteneciente á otro no constituye una ejecución de la obligación contraída; este pago es nulo y el gratificado queda acreedor (2). Pero muchos intérpretes son de opinión contraria (3).

B.) El recurso de garantía por causa de evicción supone un vicio en los derechos del autor. ¿Cuándo existe este vicio?

1. Cuando la convención tiene por objeto cosas corpóreas:

a.) Los derechos del autor son viciosos si no es propietario de la cosa (4), si no es propietario sino en parte divisa ó indivisa (5), si su propiedad es revocable ó bien si la cosa está gravada de un derecho real como una hipoteca (6), un derecho enfiteusis ó de superficie (7), una servidumbre personal (8), ó bien una

---

(1) D. 39, 5, l. 18, § 3; C. 5, 12, l. 1, § 2.—Arts. 1460 y 2622 del Cód. civ. cit.

(2) D. 30, *de leg.*, I, l. 45, § 1, 2 y l. 46; *Supra*, § 4, II, 1°.

(3) Mackeldey, II, § 434; Molitor, II, núm. 918; Maynz, II, § 255.

(4) D. 21, 2, l. 1.

(5) L. 1, cit.

(6) D. 21, 2, l. 34, § 2 y l. 63, § 1.

(7) Arg. D. 45, 1, l. 38, § 3.

(8). D. 18, 1, l. 66; *Id.* 21, 2, l. 15, § 1, l. 46, 49 y 62, § 2; *Id.* 45, 1, l. 38, § 3.

servidumbre predial activa garantizada por el contrato (1). Pero las servidumbres prediales pasivas no dan lugar á la garantía por causa de evicción. En efecto, no se podría considerarlas como vicios en el derecho del autor; son cargas naturales y normales de los inmuebles; forman el derecho común de la propiedad inmueble; son de tal manera útiles y hasta cierto punto indispensables á la propiedad, que se las encuentra casi en todas partes. El adquirente de un inmueble debe, pues, preverlas al tiempo del contrato, y es tanto más justo que las soporte, cuanto que, por una especie de compensación, él se aprovecha de las servidumbres prediales activas. La regla cesa solamente en caso de convención contraria ó de dolo del autor. El vendedor que declara libre de toda servidumbre el fundo vendido, *optimus maximusque* según la expresión romana, debe evidentemente garantizar esta libertad. Tiene tal obligación aunque el comprador haya conocido al contratar la existencia de la servidumbre, porque el comprador ha debido concluir de la declaración del vendedor que éste habría liberado la heredad. Del mismo modo, la buena fe impone al vendedor que conoce la existencia de una servidumbre predial pasiva, la obligación de declararla al comprador al tiempo del contrato. Si la declara, el comprador no tiene recurso, porque ha contratado con pleno conocimiento de causa. Pero si el vendedor se abstiene de hacer la declaración de la servidumbre, engaña al comprador y responde de su dolo. Es responsable aun cuando hubiera declarado vender el fundo con las servidumbres prediales de que pudiera estar gravado; esta declaración vaga y general hecha por quien sabe que el inmueble está gravado de una servidumbre determinada, cons-

(1) D. 18, 1, l. 66; *Id.* 19, 1, l. 6, § 6; *Id* 21, 2, l. 10, 46, § 1 y l. 75.

tituye un dolo. Sin embargo, el comprador no tiene recurso si él igualmente conocía la existencia de la servidumbre; en este caso, no se puede imputar dolo alguno al vendedor, puesto que no ha explotado ningún error del comprador (1). Este sistema ha sido combatido en dos sentidos diferentes. En primer lugar, se ha sostenido que las servidumbres prediales pasivas son vicios de fondo, á los cuales se deberían aplicar las reglas relativas á los vicios ocultos; el vendedor particularmente sería de pleno derecho responsable de la existencia de una servidumbre predial que grava el fundo vendido, á pesar de su buena fe é independientemente de cualquier convención de garantía; estaría sometido por este motivo á la acción edilicia *quanto minoris* para la diminución del precio de venta. Otros intérpretes, partiendo igualmente del punto de vista de que las servidumbres prediales pasivas son vicios de los inmuebles, hacen al menos al vendedor responsable de pleno derecho de las servidumbres ocultas, del mismo modo que la garantía de los vicios en general se extiende á los vicios ocultos; el comprador no tendría recurso en razón de las servidumbres aparentes (2). Pero es contrario á la naturaleza de las cosas asimilar las servidumbres prediales pasivas á los vicios corpóreos de un esclavo ó de un animal. Estos vicios son anormales y no aprovechan á nadie; las servidumbres prediales son cargas normales de la propiedad y se convierten en ventaja del fundo dominante; constituyen aún una verdadera necesidad de la propiedad inmueble. Desde entonces el adquirente debe esperar encontrarlas lo mismo en su ventaja que en

(1) D. 18, 1, l. 59; Maynz, II, § 213; D. 21, 2, l. 75 y 48, *Id.* 19, 1, l. 1, § 1.

(2) Maynz, II, § 218, obser. 1.—Art. 1511 del Cód. Civ. cit.

su perjuicio, mientras que no debe prever el vicio oculto de un esclavo ó de un animal. Por lo demás, si las servidumbres prediales pasivas fuesen vicios del fundo sirviente, el comprador no estaría limitado á la acción *quanti minoris*; dispondría también de la acción redhibitoria con objeto de obtener la rescisión de la venta; ahora bien, esta consecuencia es inadmisible; y nuestros mismos adversarios no osan defenderla (1). La opinión común nos es favorable (2).

b) El autor responde de los vicios mencionados, no solamente cuando existían en el momento del contrato, sino también cuando han sobrevenido después del contrato á consecuencia de un hecho que le es imputable. Tal es el caso en que el vendedor de una cosa, teniendo que entregarla al comprador, la hipoteca, la enajena en favor de otra persona (3) ó deja terminar una usucapión. Sería de otro modo si, después del contrato, sus derechos se hubieran vuelto viciosos sin su culpa, porque él no es responsable de un accidente (4).

c) No puede tratarse de un vicio en los derechos del autor cuando el adquirente es despojado de la cosa por un acto de la autoridad pública: expropiación, confiscación (5) ó sentencia mal fundada debida al dolo ó á la ignorancia del juez (6). Semejante pérdida no tiene por causa un vicio en los derechos del vendedor, sino el acto de la autoridad pública, es decir, un accidente que debe ser soportado por el comprador (7).

2. Se siguen reglas análogas cuando la convención

(1) D. 18, 1, l. 59; *Id.* 21, 2, l. 48 y 75.

(2) Molitor, I, núm. 462.

(3) C. 4, 39, l. 6.—Art. 1513, fr. IV del Cód. civ. cit.

(4) Arg. D. 21, 2, l. 11 y 51.

(5) D. 21, 2, l. 11.

(6) D. 21, 2, l. 51; C. 8, 44, l. 8.

(7) D. 21, 2, l. 11.

tiene por objeto otro derecho real que la propiedad. Para el caso en que ella tenga por objeto créditos, nos referimos á la teoría de la cesión de créditos (1).

C.) El adquirente debe haber ignorado al tiempo del contrato la causa de la evicción (2). Si la ha conocido, no tiene recurso (3); no puede reclamar ni los daños y perjuicios, ni la restitución del precio. En efecto, aquel que estipula á sabiendas una cosa perteneciente á otro ó gravada de una hipoteca, la estipula tal cual es, á sus riesgos y peligros; estipula ménos la cosa misma que la probabilidad de guardarla, y, en la fijación del precio, toma en cuenta la posibilidad de una evicción. En una palabra, celebra un contrato aleatorio, que puede procurarle un beneficio ó hacerle experimentar una perdida; renuncia tácitamente á toda accion por causa de evicción. No se es admitido á objetar que el estipulante ha podido creer que el deudor compraría ó libraría la cosa: si tal era su intención, debía expresarla; guardando silencio, aun cuando conociera el peligro de la evicción, ha renunciado á toda garantía. No hay fundamento para sostener que el autor se enriquece á expensas del adquirente, porque este enriquecimiento es legítimo, como lo hubiera sido el del adquirente si hubiera guardado la cosa á vil precio; el adquirente no ha sido engañado por su autor; ha contratado con pleno conocimiento de causa (4). Por aplicación de este principio, el adquirente no tendrá recurso si la causa de la evicción procede de obra suya, porque en este caso ha debido conocerla. Por ejemplo, uno, después de haber

---

(1) *Supra*, § 68, II.

(2) C. 8, 44, l. 13 y 27; *Id.* 3, 38, l. 7. — Art. 1513, fr. III del Cód. civ. cit.

(3) C. 8, 44, l. 27; *Id.* 3, 38, l. 7; D. 13, 7, l. 16, § 1.

(4) C. 8, 44, l 27; *Id.* 3, 38, l. 7; Maynz, III, § 212; *Contrà* Cuyacio, *Recit, in lib. VIII cod., ad tit. de evict.*, l. 27.

concedido una hipoteca sobre su cosa, la vende; después la rescata de su cocontratante y es privado de ella por evicción por su propio acreedor hipotecario (1).

Pero, ¿qué decidir si el adquirente es privado de la cosa por evicción por su culpa? No hay duda que debe rehusársele todo recurso, si es verdaderamente su culpa más bien que un vicio en los derechos del autor la causa de la evicción, y particularmente:

1. Cuando ha faltado ó no se ha defendido en el litigio que ha producido su evicción (2), salvo si el derecho del adversario era evidente y por tanto inútil la defensa (3).

2. Cuando no ha llamado á su autor al litigio. En efecto, si el adquirente intenta ó se intenta contra él una acción que puede traer la evicción, debe cuidar de llamar á su autor al litigio; de otra manera nada prueba que la evicción sea el resultado de un vicio en los derechos de su autor; puede haber sucumbido por no conocer todas las pruebas de su derecho. Así, á falta de la denuncia del pleito, el adquirente no es precisamente privado de su recurso de garantía; pero debe probar que la sentencia de evicción es fundada, que los derechos de su autor eran realmente viciosos (4). La denuncia del pleito comprende dos elementos: la notificación del litigio al autor (*litem denuntiare*; *auctorem laudare* (5), y la interpelación para que preste su asistencia; ésta es designada por la expresión *auctori-*

(1) D. 21, 2, l. 20, 27 y 28.—Art 1513, fr. VII del Cód. civ. cit.

(2) D. 21, 2, l. 55; C. 8, 44, l. 8.

(3) Arg. D. 19, 1, l. 11, § 12.

(4) *Infra*, al fin del núm. I de este §.—Arts. 1495 y 1513, fr. V del Cód. civ. cit.

(5) D. 21, 2, l. 49 y 63, § 1.

tatem præstare (1). La denuncia del pleito debe hacerse en tiempo útil, es decir, en una época en que el autor pueda todavía defender al adquirente (2). Si hay varios autores ó varios herederos de un autor único, todos deben ser llamados al pleito, porque en caso de evicción cada uno no está obligado sino en parte al pago de los daños y perjuicios, y por consiguiente, sólo por la interpelación hecha á todos el adquirente garantiza su derecho á la totalidad de los daños y perjuicios (3). El adquirente está dispensado de llamar á su autor al litigio cuando así se ha convenido (4), ó cuando el llamamiento es imposible en razón de circunstancias relativas al autor, especialmente si está ausente (5); pero no por sólo que el autor haya adquirido conocimiento del litigio por otro conducto, porque la denuncia del pleito tiene por objeto interpelar para que venga á tomar la defensa del adquirente; es preciso, pues, que éste manifieste la voluntad de ser defendido, porque el autor puede suponer que el adquirente quiera defenderse por sí solo (6).

3. Aun cuando el autor llamado al litigio no intervenga en él, el adquirente debe hacer uso de todos los medios legales que le pertenecen y que le sean conocidos, y entre otros, prevalerse de una usucapión adquirida (7). Debe también apelar de una sentencia desfavorable, si es posible (8) y el derecho del adver-

(1) D. 21, 2, l. 74, § 2; C. 8, 44, l. 21, § 1.

(2) D. 21, 2, l. 29, § 2.—Art. 1495 cit.

(3) D. 21, 2, l. 62, § 1; *Infra*, § 106, III, 2°.—Respecto del fiador del autor, C. 8, 44, l. 7.

(4) D. 21, 2, l. 63.—Arts. 1493 y 1513, fr. I del Cód. Civ. cit.

(5) D. 21, 2, l. 55, § 1 y l. 56, § 6.

(6) Arg. D. 21, 2, l. 74, § 2.

(7) C. 8, 44, l. 19; D. 21, 2, l. 63, § 2.

(8) Arg. D. 21, 2, l. 63, § 1.—Art. 1493 del Cód. civ. cit.

sario no parece evidente ó verosímilmente fundado (1).

Nuestras fuentes rehusan, además, el recurso, basándose sobre una culpa imputable al adquirente víctima de la evicción.

4 Cuando, por su negligencia, ha perdido la posesión de la cosa, y por tanto, la usucapión ha sido interrumpida, mientras que la hubiera acabado sin la pérdida de la posesión (2).

5. Cuando, habiendo cesado de poseer por causa de su negligencia, ha debido revindicar y ha perdido el litigio, mientras que, si hubiera conservado la posesión, hubiera tenido éxito como demandado en la revindicación, no estando su adversario en estado de probar su propiedad (3).

6. Cuando, después de la pérdida de la posesión, el autor le ha indicado una acción que le habría permitido recobrar la posesión: un interdicto recuperatorio de la posesión ó la acción Publiciana, mientras que ha intentado otra acción sin conseguir nada (4).

Estas tres últimas decisiones constituyen aplicaciones inexactas de un principio verdadero. En ninguno de estos casos hay verdaderamente culpa de parte del adquirente. Éste tenía el derecho de considerarse como propietario, fundado en la venta, en la permuta, etc.; ahora bien, esta convicción lo autorizaba para ejecutar los actos mencionados; ejecutándolos, no cometía ninguna culpa. Si ha sido víctima de la evicción, no es, pues, en razón de su culpa, que jurídicamente no se comprende, sino del derecho vicioso de su autor.

D.) El vicio inherente á los derechos del autor debe

---

(1) Arg. D. 19, 1, l. 11, § 12; *Id.* 21, 2, l. 63, § 1.

(2) D. 21, 2, l. 56, § 3 y l. 54—Art. 1513, fr. VII del Cód. civ. cit.

(3) D. 21, 2, l. 29, § 1.

(4) D. 21, 2, l. 66.

haber sido comprobado por una sentencia; á los Tribunales pertenece naturalmente hacer esta comprobación (1). En consecuencia, el recurso es excluído:

1. Si el adquirente ha transigido con su adversario (2), ó si, habiendo concluído un compromiso con él, ha sucumbido ante el árbitro (3) ó bien, si ha cedido pura y simplemente la cosa á su adversario (4), á menos que el derecho de este último fuese evidente (5).

2. Si ha hecho abandono de la cosa, sin esperar la ejecutoria judicial (6).

3. Si, antes de esta ejecutoria, la cosa ha perecido (7).

Para que el adquirente pueda obrar en garantía contra su autor, no basta aún que se haya obligado en un litigio que podría traer su evicción. Si semejante litigio ha comenzado ó es seriamente de temer, y no ha ejecutado todavía su obligación recíproca, por ejemplo, pagado el precio de venta, tiene solamente el derecho de suspender esta ejecución hasta la decisión del litigio (8). Es una medida conservatoria de su derecho eventual contra su autor, por manera que éste último puede, prestando caución, exigir la ejecución inmediata de la obligación recíproca (9).

E.) En fin, el adquirente que ha sucumbido ante los Tribunales en razón de un vicio en los derechos de su autor, debe haber sido desposeído de la cosa en virtud

(1) D. 21, 2, l. 16, § 1; C. 8, 44, l. 17.—Art. 1488 del Cód. civ. cit.
(2) Arg. C. 8, 44, l. 17; D. 21, 2, l. 56, § 1.—Art. 1513, fr. VI del Cód. civ. cit.
(3) L. 56, § 1 cit.
(4) Arg. C. 8, 44, l. 17.
(5) Arg. D. 19, 1, l. 11, § 12.
(6) D. 21, 2, l. 76.
(7) C. 8, 44, l. 26; D. 21, 2, l. 21.
[8] D. 18, 6. l. 19, § 1; C. 8, 44, l. 24.—Art. 2898 del Cód. civ. cit.
[9] L. 19, § 1 cit. y l. 24 cit.—Art. 2898 cit.

de la sentencia. Luego, si ha sucumbido como demandado en el litigio, debe haber restituído la cosa al demandante victorioso (1), ó bien, lo que es lo mismo, haberle pagado la estimación del litigio (*aestimatio litis*), á que ha sido condenado por no haber restituído la cosa en especie (2). Si ha sucumbido como demandante, su desposesión judicial resulta ya de la sentencia absolutoria dada en favor del demandado que poseía la cosa (3). La regla se aplica entre otros casos al comprador (4).

Según lo que acaba de decirse, el recurso en garantía por causa de evicción está subordinado á la desposesión judicial del adquirente. Esta regla no impide que el adquirente pueda obrar á veces contra su autor independientemente de una desposesión judicial, si no en razón de la evicción, al menos fundado en otra causa, á saber:

1. Cuando el contrato imponía la obligación de transferir la propiedad de la cosa, como en la convención de permuta, y la propiedad no ha sido transferida. Aquí el adquirente puede obrar inmediatamente por la acción contractual, si se trata de una permuta por la acción *praescriptis verbis*, á efecto de obtener la dación estipulada, porque el pago que ha recibido es nulo, y por tanto, su crédito subsiste (5). Sucede de otra manera con la venta; esta obliga solamente al vendedor á procurar la pacífica posesión de la cosa; ahora bien, satisface esta obligación en tanto que el comprador continúa poseyendo, y no comienza á faltar á ella sino

[1] D. 21, 2, l. 16, § 1.
[2] D. 21, 2, l. 16, § 1 y l. 21, § 2 y l. 57.
[3] D. 21, 2, l. 16, § 1.
[4] D. 21, 2, l. 16, § 1 y l. 57.
[5] Arg. C. 4, 49, l. 7; D. 12, 4, l. 16; *Id.* 19, 4, l. 1, § 1 y C. 8, 44, l 29; *Infra*, § 117, 3°.

cuando el comprador es desposeido judicialmente de la cosa ó de su estimación (1).

2. Cuando el autor ha conocido en el momento del contrato el vicio de su derecho. En el caso, está obligado inmediatamente en razón de su dolo; éste y no la evicción sirve de base á la demanda (2). Así el adquirente no pierde entonces su acción por la pérdida accidental de la cosa (3).

3. Cuando el adquirente conserva la cosa con otro título que en virtud de la convención que debía procurársela, por ejemplo, si la adquiere del verdadero propietario, á título oneroso (4) ó gratuito (5), si paga al acreedor hipotecario. Aquí una desposesión judicial se ha hecho imposible y esta imposibilidad no podía tener por resultado privar al adquirente de una acción por daños y perjuicios contra el autor que ha faltado á su obligación (6).

En lo que concierne á la prueba, el adquirente que ejercita su recurso en garantía, debe establecer las diferentes condiciones de este recurso, tal como acaban de ser determinadas; luego la convención á título oneroso, el vicio inherente á los derechos del autor, la sentencia de evicción y su desposesión. Se presume, hasta la prueba contraria, que él ha ignorado al tiempo del contrato la causa de la evicción. Además, si el adquirente ha apelado á su autor en garantía, no tiene necesidad de establecer directamente el vicio inherente á los derechos del autor, porque este vicio está comprobado por la sentencia de evicción. En efecto, si el

(1) D. 21, 2, l. 57.
(2) D. 19, 1, l. 30, § 1.
(3) D. 21, 2, l. 21.
(4) D. 21, 2, l. 29.
(5) D. 19, 1, l. 13, § 15.
(6) D. 21, 2, l. 29.

autor ha intervenido en el litigio á consecuencia de la denuncia del adquirente, la sentencia que establece el vicio de su derecho ha sido dictada en realidad contra él, y si no ha juzgado conveniente intervenir, su abstención no debe dañar al adquirente (1). En el caso en que éste no ha apelado á su autor en garantía, no es privado de su recurso, porque es posible que el derecho de su autor no fuese menos vicioso, y entonces es claro que el autor debe responder de la evicción de que ha sido causa (2). Pero aquí el adquirente está obligado á probar directamente el vicio del derecho del autor. No le basta ya invocar la sentencia de evicción, no habiendo el autor intervenido en el litigio, no habiendo aún sido notificado para intervenir, es posible que el adquirente haya sucumbido por no haber conocido todos los medios de defensa que le correspondían (3). Hay, pues, lugar á aplicarle el principio según el cual todo demandante debe directamente establecer el fundamento de su acción, y este fundamento comprende el vicio en los derechos del autor. Se ha querido, sin embargo, descargar al adquirente de esta prueba y obligar al autor á establecer que su derecho no tenía el vicio declarado por la sentencia de evicción. Para sostener esta tesis, se hace observar que, si la falta de notificación de parte del adquirente demuestra su negligencia, ésta no ha causado necesariamente un daño al autor por la pérdida del litigio; se concluye de aquí que al autor que invoca este lazo de causalidad entre la negligencia del adquirente y la pérdida del litigio, corresponde probarlo. Pero con motivo de la acción en garantía del adquirente, no se trata de sa-

(1) Arg. C. 8. 45, l. 23.
(2) Arg D. 19, 1, l. 11, § 12.
(3) D. 21, 2, l. 53, § 1.

ber si éste ha causado un perjuicio al autor, no notificándolo para intervenir. Se trata de saber si el autor ha satisfecho sus obligaciones, si sus derechos eran viciosos; el adquirente lo sostiene; tal es el fundamento de su demanda; á él toca probarlo (1).

II. Las reglas que acaban de ser expuestas, pueden ser modificadas por las convenciones de las partes.

A.) La obligación de garantía por causa de evicción puede ser extendida, ya á las convenciones á título gratuito (2), ya á las servidumbres prediales pasivas, particularmente por la cláusula de que el fundo es enajenado libre de toda servidumbre (*optimus maximusque*) (3), ora á las servidumbres prediales activas (4). Del mismo modo el adquirente que conoce el vicio inherente á los derechos de su autor, puede estipular la garantía (5). Por otro lado, las partes son libres de restrinjir de cualquiera manera (6) ó de excluir completamente la obligación de garantía (7), con tal de que el autor ignore el vicio de su derecho; si lo conoce, la cláusula de falta de garantía es nula y de ningún efecto, como inmoral, puesto que favorece el dolo (8). Pero, suponiéndola hecha de buena fe, el adquirente víctima de la evicción no puede reclamar, ni daños y perjuicios, ni restitución del precio. El primer punto no es dudoso; el segundo no es menos conforme á los principios generales del derecho. El adqui-

---

(1) *Contra:* Maynz, II, § 212, nota 28.—Arts. 1495, 1497 y 1498 del Cód. civ. cit.

(2) C. 8, 44, l. 2.—Art. 2622 del Cód. civ. cit.

(3) D. 21, 2, l. 75.—Art. 1511 del Cód. civ. cit.

(4) D. 18, 1. l. 66; *Id* 19, 1, l. 6, § 6; *Id.* 21, 2, l. 10, 46, § 1 y l. 75.

(5) C. 3, 38, l. 7.—Art. 1494 del Cód. civ. cit.

(6) D. 19, 1, l. 11, § 18.—Art. 1491 del Cód. civ. cit.

(7) L. 11, § 18 cit.—Arts. 1491 á 4193 del Cód. civ. cit.

(8) L. 11, § 15, 16 y 18.—Art. 1492 del Cód. civ. cit.

rente que por una cláusula del contrato renuncia á la garantía, estipula la cosa tal cual es á sus riesgos y peligros; compra la probabilidad de poder guardar el bien más bien que el bien mismo; así no paga sino un precio vil ó inferior al valor venal de la cosa. En otros términos, concluye un contrato aleatorio que, según las circunstancias, es capaz de procurarle una utilidad ó de hacerle sufrir una pérdida. Imprimiendo la cláusula de falta de garantía al contrato un carácter aleatorio, no se es admitido á objetar que el autor que guarda el precio de la cosa, la detenta sin causa, se enriquece injustamente á expensas del adquirente, que las renuncias son de extricta interpretación, ó bien todavía que el autor al declinar la garantía ha querido solamente evitar una pérdida. Todas estas máximas son inaplicables en el caso. El autor detenta el precio de la cosa en virtud del contrato, que subsiste á pesar de la evicción. El enriquecimiento del autor es legítimo, como lo hubiera sido el del adquirente si hubiera podido guardar la cosa. En cuanto á la renuncia del adquirente, comprende el precio como los daños y perjuicios, y el autor, al declinar la garantía, ha querido no limitarse á evitar una pérdida, sino á asegurar de una manera cierta el precio de su derecho dudoso (1). Esta cuestión divide igualmente á los intérpretes del Derecho Romano (2).

B.) Las convenciones especiales de las partes relativamente á los límites de la garantía por causa de evicción pueden ser simples pactos, si se trata de un contrato de buena fe (3); con ocasión de un contrato

(1) D. 19, 1, l. 11, § 18; *Id.* 18, 4, l. 10 y 11.—Art. 1494 del Cód. civ. cit.

(2) Maynz, II, § 212, nota 50; Molitor, I, núms. 464 y 465.

(3) C. 3, 38, l. 7.

de derecho extricto, es necesaria la forma de la estipulación (1). Pero los romanos no empleaban sino la estipulación, aún tratándose de contratos de buena fe (2). Siendo la estipulación de garantía de derecho extricto, es preciso, en su interpretación, fijarse en los términos del contrato y en el sentido literal de estos términos, más bien que en la voluntad de las partes, que directamente no es tomada en consideración (3). Se sigue de aquí que, si la garantía ha sido estipulada de una manera general para el caso de evicción de la cosa, el adquirente no puede prevalerse de la estipulación é intentar la *actio ex stipulatu* si no es que haya sufrido una evicción total y judicial:

1. La evicción debe ser total. Hay lugar á la *actio ex stipulatu* cuando el adquirente ha sido privado por el propietario, sea de la cosa misma (4), sea de la estimación del litigio (5), ó bien cuando ha debido reconocer sobre la cosa derechos reales que, como la hipoteca (6), la enfiteusis, la superficie, el usufructo (7), la habitación y á veces también el uso, absorben toda la utilidad de la cosa. La *actio ex stipulatu* no es abierta cuando el adquirente es privado solamente, ya de una parte divisa ó indivisa de la cosa (8), ya de una servidumbre predial (9), ora de un accesorio de la cosa (10).

---

(1) C. 8, 44, l. 2.
(2) Arg. rub. D. 21, 2, *de evict. et dup. stipul.*
(3) *Supra*, § 10 bis, III.
(4) D. 21, 2, l. 16, § 1.
(5) L. 16 § 1 cit.—Art. 1488 del Cód. civ. cit.
(6) D. 21, 2, l. 34, § 2—Art. 1511 del Cód. civ. cit.
(7) D. 21, 2, l. 62, § 2 y Arg. l. 43.
(8) D. 21, 2, l. 56, § 2 y l. 36.
(9) Arg. de los mismos textos.
(10) D. 21, 2, l. 42 y 43.

2. La evicción debe ser judicial. El adquirente no puede recurrir á la *actio ex stipulatu* cuando el autor ha conocido el vicio de su derecho; pero no hay todavía desposesión judicial (1), ni cuando el adquirente conserva la cosa por otro título que en virtud del contrato de que se trata (2).

Para que la estipulación de garantía se aplique á los diferentes casos no comprendidos en la estipulación general, es preciso que sean indicados de una manera especial por las partes (3), porque de lo contrario, el adquirente no puede invocar sino la garantía legal tal como se deriva de la naturaleza del contrato principal (4).

§ 106.—*Efectos de la garantía por causa de evicción.*

I. En principio, el adquirente, víctima de la evicción, tiene derecho á la reparación de todo el daño que ella le causa, porque el autor ha faltado á sus obligaciones por su culpa, y esta inejecución culpable de sus obligaciones da lugar, aquí como en otras materias, á daños y perjuicios (5). Para la aplicación de la regla, consideremos sucesivamente la evicción total, la evicción de una parte de la cosa y la de un derecho real.

A.) El adquirente ha sido privado de toda la cosa:

1. Puede reclamar, ante todo, el valor que tenía la cosa en el momento de la evicción; de este valor, en efecto, ha sido privado por la evicción, y por tanto, él constituye el monto del daño sufrido. La lesión no consiste en la privación del precio pagado para la adquisi-

(1) Arg. D. 19. 1. l. 4.—Art. 1488 del Cód. civ. cit.

(2) D. 21, 2, l. 41, § 1.

(3) D. 21, 2, l. 56, § 2.

(4) D. 21, 2, l. 41, § 1.

(5) C. 8, 44, l. 9 y 23; D. 21, 2, l. 60 y 70.—Arts. 1496 á 1498 del Cód. civ. cit.

ción de la cosa, ni aún en el valor de ella en la época del contrato. Si, pues, la cosa ha disminuido de valor después del contrato, esta diminución aprovecha al autor (1). y el aumento de valor de la cosa produce un aumento de los daños y perjuicios (2). Sin embargo, el adquirente no puede reclamar una indemnización por causa de mejoras hechas á la cosa si no es que le haya sido imposible hacerse indemnizar por el tercero que lo ha vencido en el pleito de evicción; si ha descuidado hacerlo, sufre un daño por su culpa y el autor no está obligado á repararlo, á menos que haya conocido al tiempo del contrato el vicio de su derecho (3). En ningún caso, los daños y perjuicios pueden exceder del valor doble de la cosa en la época del contrato (4). Algunos antiguos intérpretes del Derecho Romano, y particularmente Du Moulín (5) y Pothier (6), enseñan que, en el caso de una diminución de valor de la cosa vendida, el comprador era siempre libre para repetir el precio de venta por una *condictio sine causa*, porque el vendedor, después de la evicción de la cosa, había detenido el precio sin causa. Pero la causa de la obligación de pagar el precio es el contrato de venta: ahora bien, esta causa subsiste á pesar de la evicción, que no autoriza al comprador para hacer rescindir la venta por inejecución de las obligaciones del vendedor, sino solamente para demandar los daños y perjuicios, es decir, el valor de la cosa en el momento de la evicción (7).

(1) D. 21, 2, l. 60; *Id.* 19, 1, l. 45; *Id.* 21, 2, l. 66, § 3.—Arts. 1496 á 1498 del Cód. civ. cit.

(2) D. 19, 1, l. 43; *Id.* 21, 2, l. 66, § 3.

(3) D. 19, 1, l. 45, § 1.—Art. 1498 del Cód. civ. cit.

(4) D. eod. l. 43, 44 y 45; C. 7, 47, l. únic; *Supra*, § 16, III.

(5) *De eo quod interest*, núms. 69 y 83.

(6) *Trait. du contrat de vente*, núms. 69 y 118.

(7) Molitor, I, núm. 484; Maynz, II, § 212.

2. Independientemente de esta indemnización principal, el adquirente puede hacerse reembolsar el costo del contrato, los gastos de la entrega de la cosa, los del litigio que ha producido su evicción, los frutos que ha debido restituir al autor de la evicción, etc. (1).

D). El adquirente ha sido privado de una parte de la cosa. Tiene derecho de una manera principal al valor que tenía, al tiempo de la evicción, la parte divisa ó indivisa obtenida por la evicción. El valor de la parte divisa depende de su bondad (2), el de la parte indivisa de su cantidad, es decir, que ella consiste en la parte alícuota correspondiente del valor de toda la cosa (3). El adquirente puede también obtener una indemnización en razón de una depreciación de la parte restante de la cosa y de todas las demás pérdidas que la evicción ha causado.

C.) El adquirente ha sido privado por la evicción, de un derecho real. Puede reclamar el menor valor resultante para la cosa de la existencia del derecho real (4) y todos los demás daños y perjuicios.

II. Las partes son libres para derogar estas reglas, y particularmente para convenir en una suma fija en caso de evicción; la determinación de esta suma depende igualmente de los contratantes (5). En las ventas de alguna importancia, era usual en Roma hacerse prometer el doble del precio de venta (6); era la *stipulatio duplæ (id est duplæ, æstimationis, dupli pretii)* (7). En razón de su frecuencia, se acabó por admitir

(1) D. 21, 2, l. 8.—Arts. cit.
(2) D. 21, 2, l. 1.—Arts. 1507 á 1509 del Cód. civ. cit.
(3) L. 1 cit.
(4) D. 21, 2, l. 15, § 1; *Id.* 28, 1, l. 61.
(5) D. 21, 2, l. 52, 56 y 74; *Id.* 45, 1, l. 102.—Art. 1491 del Cód. Civ. cit.
(6) Arg. D. 21, 2, rub. y l. 37, § 1.—Para la permuta *infra* § 117.
(7) D. 21, 2; rúbrica.

que era de derecho ó de la naturaleza de la venta; si había sido omitida, se permitía al comprador exigirla por la *actio empti* (1), con tal que el contrato tuviera cierta importancia (2). El vendedor que se rehusaba á prestar la *stipulatio duplæ*, era inmediatamente condenado al pago del doble del precio (3). Una vez prestada, la *stipulatio duplæ* autorizaba al comprador, víctima más tarde, de la evicción á demandar por la *actio ex stipulatu* el pago del doble del precio. Si la evicción se había verificado sin que hubiera intervenido la *stipulatio duplæ*, el comprador podía directamente obrar por la *actio empti* para el pago del precio; siendo consumada la evicción, una estipulación previa no tenía ya objeto (4). En este sentido, la cláusula del doble del precio de venta para el caso de evicción era pura y simplemente subentendida en el contrato. En cuanto á las acciones que nacen de las convenciones relativas á la garantía por causa de evicción, es, según las circunstancias, la acción que nace del contrato de buena fe ó la *actio ex stipulatu* (5). Pero ¿cuáles son los efectos precisos de una cláusula que determina una suma fija para el caso de evicción? Consideremos separadamente la evicción total, la de una parte indivisa, la de una parte divisa y la de un derecho real.

A). El adquirente es privado de toda la cosa. Tiene derecho en cualquiera hipótesis á la suma convenida, cualquiera que ella sea, y á esa suma solamente. El valor de la cosa al tiempo de la evicción, es indiferente. El aumento de valor de ella después del contra-

---

(1) D. 21, 2, l. 37; *Id.* 21, 1, l. 31, § 20.
(2) L. 37, § 1 cit.
(3) D. 21, 2, l. 2.
(4) Arg. D. 21, 2, l. 37, § 2; Pothier, *Pand.* 19, 1, núm. 54, notas *d* y *e*.
(5) C. 3. 38, l. 7; *Id.* 8, 44, l. 2.

to no justifica la demanda de una suma más elevada, y recíprocamente una diminución de valor no dispensa al autor del pago íntegro de la suma convenida. El contrato hace la ley de las partes; el autor no ha prometido indemnizar al adquirente que fuera víctima de la evicción, sino pagarle una suma determinada; desde entonces ésta es debida de una manera absoluta, hecha abstracción del daño resultante de la evicción (1).

B.) El adquirente es privado por la evicción de una parte indivisa de la cosa. Puede en todos los casos reclamar la parte correspondiente de la suma convenida y esta parte solamente. Aquí todavía no hay lugar á inquirir el valor actual de la cosa, ni los aumentos ó diminuciones de precio que ella ha sufrido después del contrato. Al prometer una suma fija para la eventualidad de la evicción, el autor se ha obligado naturalmente á pagar al adquirente, víctima de la evicción de una parte de la cosa, la cantidad correspondiente á la suma convenida. Para convencerse aún más de esto, basta suponer que el adquirente sea víctima sucesivamente de dos evicciones de partes indivisas que tienen por resultado despojarle de la cosa toda entera. Por aplicación de la regla mencionada á cada una de estas evicciones parciales, el adquirente obtendrá por dos veces la totalidad de la suma estipulada, como si hubiera sido privado en una sola vez de toda la cosa, lo que es abiertamente conforme á la razón. Tomemos algunos ejemplos.

1. Alguno vende un fundo de tierra de 1,000 fanegas, de las cuales una quinta parte indivisa pertenece á un tercero. A consecuencia de una avulsión, el fundo es reducido á 800 fanegas, después de lo cual, el tercer

(1) D. 21, 2, 1. 64.

propietario de la quinta parte indivisa revindica y obtiene 160 fanegas. El comprador tiene derecho á una quinta parte de la suma convenida, porque ha sido privado de tal parte del inmueble; la diminución de éste no tiene influencia sobre la obligación del vendedor (1).

2. El mismo fundo, de una continencia de 1,000 fanegas y perteneciente á un tercero en una quinta parte indivisa, es aumentado á consecuencia de un aluvión á 1,200 fanegas, y por tanto el tercero que ha revindicado obtiene 240 fanegas. El vendedor debe pagar al comprador la quinta parte de la suma convenida, porque tal es la parte adquirida por la evicción. No se debe atender al aumento del fundo, como tampoco á su diminución en la especie precedente (2).

3. El mismo fundo pierde de un lado 200 fanegas por avulsión y gana del otro 200 por aluvión, conservando así en definitiva su continencia primitiva de 1,000 fanegas. El tercero propietario de una quinta parte indivisa obtiene, pues, por evicción 200 fanegas. El comprador tiene siempre derecho á la quinta parte de la suma convenida; la diminución y el aumento sufridos por el inmueble son tan indiferentes como la sola diminución en el primer ejemplo y el solo aumento en el segundo (3).

C.) El adquirente es privado por evicción de una parte divisa de la cosa. Puede reclamar, sobre la suma convenida, la porción que corresponde al valor de la parte obtenida por evicción comparativamente al valor de toda la cosa. Si un fundo de 1,000 fanegas ha sido vendido y el comprador es privado por evicción de

(1) D. 21, 2, l. 64; *Confer.*: Molitor, I, núm. 481.
(2) D. 21, 2, l. 64, § 1.
(3) D. eod. l. 64, § 2.

una parte de 200 fanegas, tiene derecho á una quinta, á una sexta ó á una cuarta parte de la suma convenida, según que la parte obtenida por la evicción represente una quinta, una sexta ó una cuarta parte del valor de todo el inmueble; se atiende á la buena ó á la mala calidad de las fanegas obtenidas por la evicción (1). Por lo demás, la estimación de la parte obtenida por la evicción y de toda la cosa debe hacerse, atenta la época del contrato y con abstracción de todos los cambios subsecuentes de valor. Al convenir los contratantes en una suma fija para el caso de evicción, han querido naturalmente que cada parte de la cosa fuese garantizada por esa suma, según su valor en el momento del contrato. Uno vende un fundo de tierra de 1,000 fanegas, todas de un valor igual y de ellas 200 pertenecen á otro. Una avulsión arrebata otras 200, después de lo cual, el tercero toma por evicción las 200 fanegas que constituyen su propiedad. El comprador no obtendrá por causa de esta evicción sino una quinta parte de la suma convenida; la obligación del vendedor no debe ser agravada en razón de la pérdida accidental de 200 fanegas; esta pérdida debe ser soportada por el comprador (2). Por derogación de la regla, según la cual el objeto del recurso depende del valor de la parte divisa obtenida por evicción, si una cosa ha sido prometida á tanto la unidad del número, de peso ó de medida y se ha fijado de la misma manera la suma que debe pagarse en caso de evicción, el monto del recurso del adquirente víctima de la evicción se determina según la extensión, y no según la calidad de la parte obtenida por evicción. Un fundo de tierra de 1,000 fanegas, ha sido vendido á

(1) D. eod. l. 64, § 3.

(1) D. eod. l. 13, 14 y 15.

100 francos la fanega, con la promesa de pagar 200 francos por fanega al comprador, víctima de la evicción. Es evidente que el comprador privado por la evicción de una parte divisa de 200 fanegas tiene derecho invariablemente á 200 veces 200 francos ó sea á 40,000 francos; es lo que ha estipulado (1).

D.) El adquirente ha sido privado por la evicción de un derecho real. Aquí todavía obtiene una parte de la suma convenida, atenta la proporción que existía, al tiempo del contrato, entre el menor valor resultante del derecho real y el valor de toda la cosa. Si, pues, el derecho real ha producido una depreciación de un décimo, un quinto ó un medio, el autor debe pagar un décimo, un quinto ó un medio de la suma prometida (2).

III. ¿La obligación de garantía por causa de evicción es divisible ó indivisible? Se la puede considerar desde un doble punto de vista: como obligación de defender al adquirente en el litigio de evicción (3) y como obligación de pagarle después de la evicción los daños y perjuicios, ó bien la suma convenida (4).

1. Considerada como obligación de defender al adquirente contra la evicción, la obligación de garantía es indivisible. En efecto, la defensa es un hecho material cuyo espíritu no comprende la división; una defensa parcial es un contra sentido; no se ha verdaderamente defendido á alguno sino cuando se le ha defendido en un todo (5). Si, pues, hay muchos autores ó herederos de un autor único, cada uno debe defender al adquirente por el todo contra la evicción; falta á su

(1) D. eod. l. 53.
(2) Arg. D. eod. l. 64, § 3 y l. 13.
(3) *Supra*, § 105, I, C. 2°.
(4) *Supra*, núms. I y II de este §.
(5) D. 45, 1, l. 139.

obligación cuando impide solamente la evicción de una parte de la cosa, ni más ni menos que como los otros que no han defendido al adquirente en manera alguna, y debe al adquirente parcialmente víctima de la evicción, ya daños y perjuicios, ya una parte de la suma convenida (1). Tal es el caso en que dos copropietarios de una cosa que han vendido en común, después de que cada uno la había hipotecado por su parte indivisa, uno de ellos previene la evicción de su parte pagando á su acreedor hipotecario, mientras que el otro no hace lo mismo; el comprador ha sido privado por la evicción de la parte indivisa que ha quedado hipotecada.

2. Por el contrario, la obligación de garantía por causa de evicción es perfectamente divisible cuando se la considera como teniendo por objeto pagar, después de consumada la evicción, los daños y perjuicios ó la suma convenida, porque nada es más divisible que una deuda de dinero. En consecuencia, si hay muchos autores ó muchos herederos de un autor único, sea que alguno de ellos no haya defendido al adquirente de cualquiera manera, sea que solamente lo haya defendido contra la evicción de una parte de la cosa, cada uno está obligado por su parte y porción, individual ó hereditaria, ya por los daños y perjuicios, ya por la suma convenida (2). Esta regla es aplicable aún al caso en que el adquirente ha sido privado á causa de la evicción por un acreedor hipotecario; cada autor ó heredero del autor no está sometido, en razón de tal evicción, sino á un recurso parcial. La indivisibilidad de la hipoteca es extraña á la cuestión; produce solamente la consecuencia de que á pesar del pago parcial

(1) D. 45, 1, l. 85, § 5 y l. 139.

(2) D. 45, 1, l. 85, § 5 y l. 139.—Art. 1394, fr. 1 del Cód. Civ. cit.

de la deuda hipotecaria, el acreedor puede vender toda la cosa, salvo limitarse á retener sobre el precio de venta el resto de su crédito (1).

F.)—De la garantía por causa de vicios de la cosa y de las cualidades prometidas.

§ 107.—*Condiciones de la garantía.*

I. El recurso de garantía por causa de vicios de la cosa exige las siguientes condiciones:

A.) En lo que concierne á las convenciones á que se aplica, hay lugar á separar el sistema del derecho civil del de los ediles curules.

1. Según el derecho civil, la garantía por vicios de la cosa supone una convención á título oneroso de una cierta importancia. Se aplica, pues, á la venta (2), á la permuta (3), al arrendamiento de cosas (4), á la sociedad, á la partición convencional, á la dación en pago, á la transacción, en cuanto á la cosa con la cual se transije (5), etc. Pero, como la garantía por causa de evicción, ella es extraña á las convenciones á título gratuito, por el mismo motivo y con las mismas modificaciones (6). Es preciso, además, que la convención á título oneroso presente cierta importancia; la garantía por vicios de la cosa no es debida con ocasión de las pequeñas compras, en interés de éstas y á fin de evitar una multitud de litigios (7). Pero se extiende á toda espe-

(1) D. 21, 2, l. 65.
(2) D. 19, 1, l. 13 y § 1.
(3) D. 19, 4, l. 2.
(4) D. 19, 2, l. 19, § 1.
(5) *Supra*, § 105, I, A, initio.
(6) Arg. D. 21, 1, l. 62; *Id.* 30 *de leg.*, I, l. 45, § 1, 2 y l. 46; *Supra*, § 105, I, A.
(7) Arg. D. 21, 1, l. 48, § 8.

cie de cosas: á los esclavos y á las bestias, á los demás animales y á las cosas muebles inanimadas y aún á los inmuebles (1).

2. El derecho edilicio se limitaba desde luego á las ventas de esclavos y de bestias. No teniendo los ediles curules el derecho de publicar edictos sino relativamente á tales ventas, no habrían podido arreglar la garantía de los vicios, sino en estos estrechos límites (2). Más tarde la jurisprudencia extendió su sistema á la venta de cualesquiera objetos (3), así como á la permuta, en razón de la grande analogía entre este contrato y la venta (4); fueron exceptuados solamente los pequeños negocios (5). Pero no se sometieron á las reglas edilicias las demás convenciones á título oneroso (6), y por tanto, quedaron exclusivamente bajo el imperio de la teoría civil.

B.) La cosa que forma el objeto de la convención, debe estar infectada de un vicio propiamente dicho. La ausencia de una cualidad es insuficiente, porque no impide que la cosa quede intacta, y el adquirente debe imputarse á sí mismo haber atribuido á la cosa cualidades que no tiene y que él no ha estipulado (7).

C.) El vicio debe ser importante, es decir, disminuir notablemente el valor de la cosa; no se toman en cuenta defectos insignificantes (8); la estabilidad de las convenciones exige que no se las modifique por bagatelas (9). Pero no es necesario que en razón del vicio

(1) Arg. D. 21, 1, l. 1.
(2) D. 21, 1, l. 1, § 1 y l. 38 y § 5.
(3) D. 21, 1, l. 1, l. 49 y 63.
(4) D. 21, 1, l. 19, § 5.
(5) D. 21, 1, l. 48, § 8 y las ventas fiscales; D. 21, 1, l. 1, § 3.
(6) D. 21, 1, l. 63.
(7) Arg. D 21, 1, l. 17, § 20.—Art. 1873 del Cód. civ. cit.
(8) D. 21, 1, l. 1, § 8, l. 4. § 6 y l. 11.
(9) D. 18, 1, l. 54.

la cosa se haya hecho impropia para el uso á que está destinada, que sea completamente inútil; desde que su valor ha disminuído sensiblemente, ella merece ser reputada viciosa, aunque pueda todavía servir para su uso natural (1). Consideremos ahora en particular los vicios de los esclavos, de los animales y de los inmuebles.

II. Los vicios de los esclavos y de los animales pueden ser corporales ó morales, ó bien mixtos, referirse á la vez al cuerpo y al espíritu (2). El derecho civil admitía la garantía de los defectos corporales y por consiguiente también de los vicios mixtos, puesto que éstos implican un defecto corporal. Obligaba, además, á la garantía de los vicios del espíritu que destruían toda la utilidad del esclavo ó del animal (3). Pero la responsabilidad del autor no se extendía á los vicios del espíritu que no destruían toda la utilidad de la cosa (4), á menos que él los hubiera conocido y ocultado fraudulentamente al adquirente (5). La razón de estas reglas relativas á los vicios del espíritu, es que estos vicios se encuentran, en número más ó menos considerable, en todos los esclavos ó animales; desde entonces era imposible atender á ellos sin conmover completamente la fuerza obligatoria de las convenciones que tienen por objeto esclavos ó animales (6). Se debía solamente admitir la garantía de los vicios del espíritu que quitaban al esclavo ó al animal toda su utilidad y de los vicios menos considerables que el autor había ocultado fraudulentamente al adquirente; decla-

[1] D. 21, 1, l. 8, 9 y 10, § 1 y 4, l. 12, § 1, 3 y 4, l. 13, 14 y 15 — Art. 2873 del Cód. civ. cit.

[2] D. 21, 1, l. 1, § 9; l. 4, § 1 y 4.

[3] D. 21, 1, l. 1, § 10 y 11; l. 2, 3 y 4. § 3.

[4] D. 21, 1, l. 1, § 9.

[6] D. 21, 1, l. 1, § 9.

rándolos, declinaba, tácitamente la garantía (1). Por el contrario, el derecho edilicio no atendía en principio sino á los vicios corporales y á los vicios mixtos de los esclavos y de los animales (2). Añadía á éstos algunos vicios importantes del espíritu. El comprador de un esclavo podía exigir la garantía si el esclavo se fugaba (*fugitivus*), es decir, si tenía el hábito de huir, si era paseador (*erro*), si había cometido, ya un delito privado que daba lugar á la acción noxal (3), ya un crimen que ameritaba una pena capital (4); en fin, si se había dejado obligar para combatir con las bestias feroces (5), ó bien había intentado suicidarse (6). En cuanto á los animales, el edicto miraba como viciosos los caballos que se inquietaban sin motivo (7), los bueyes que daban cornadas (8), los mulos que rehusaban dejarse enganchar (9) ó que enganchados retrocedían (10). Los demás vicios morales de los esclavos (11) y de los animales (12) no eran tomados en consideración por los ediles.

2. Los inmuebles pueden también presentar vicios. Una casa es viciosa si tiene un maderamen apolillado (13), una pradera si produce yerbas venenosas (14); un

[1] Arg. D. 21, 1, l. 4, § 4.
[2] D. 21, 1 l. 1, § 9, l. 4, § 1 y 4.
[3] D. 21, 1, l. 1, § 1, l. 17, § 17 y 18.
[4] D. 21, 1, l. 1, § 1, l. 23, § 2.
[5] D. 21, 1, l. 1, § 1.
[6] D. 21, 1, l. 1, § 1, l. 23, § 3, l. 43 § 4.
[7] D. 21, 1, l. 43; l. 4, § 3.
[8] D. 21, 1, l. 43.
[9] D. 21, 1, l. 38, § 9 y 8; Pothier, *Pand*; D. 21, 1, núm. 46, nota *d*.
[10] D. 21, 1, l. 43.
[11] D. 21, 1, l. 1, § 9, 10 y 11; l. 2, 3 y 4, § 1, 3 y 4.
[12] D. 21, 1, l. 4, § 3; l. 38, § 8 y l. 64, § 2.
(13) Cic. *de officiis*, III, 13 y 17.
(14) D. 19, 2, l. 19, § 1; C. 4, 58, l. 4, § 1.

inmueble en general si está situado en un aire pestilente (1) ó bien si está amenazado, sea de confiscación en razón del crimen del propietario (2), sea de expropiación en virtud de un acto de la autoridad pública (3).

D.) El vicio de la cosa debe ser oculto. Si es aparente, el adquirente podía y debía conocerlo en el momento del contrato; suponiendo que no lo haya notado, soporta las consecuencias de su incuria. El comprador de un caballo tuerto no tiene recurso contra su vendedor (4).

E.) El vicio debe existir al tiempo del contrato. Si ha sobrevenido después, el contrato ha sido concluído regularmente; la superveniencia subsecuente del vicio constituye un accidente que recae sobre el adquirente (5).

F.) Una última condición de la garantía por vicios de la cosa es, que el adquirente haya ignorado el defecto en el momento del contrato. Si lo ha conocido, lo ha tomado evidentemente en consideración para la fijación del precio (6). En el caso de una adquisición hecha por un representante, la convicción de éste es decisiva; la garantía es excluída si el representante ha tenido conocimiento del vicio, porque al debatir las condiciones del contrato, ha tomado en cuenta el vicio (7). La convicción del principal es indiferente; la

---

(1) D. 21, 1, l. 49; Cic. *de officiis*, III, 16.

(2) D. 19, 2, l. 33; *Supra*, § 17.

(3) Arg. L. 33 cit; D. 19, 1, l. 6, § 4 y l. 13; *Id* 19, 2, l. 19, § 1.

(4) D. 21, 1, l. 1, § 6; l. 14, § 10, l. 48, § 3; *Id.* 18, 1, l. 43, § 1.—Arts. 2873 y 2874 del Cód.civ. cit.

(5) D. 21, 1, l. 54; *Id.* 21, 2, l. 3; C. 4, 58, l. 3; D. 21, 1, l. 1, § 10, l. 16, 17, § 17 y l. 53.—Arts. 2878, 2884 y 2888 del Cód. civ. cit.

(6) D. 21, 1, l. 48, § 4; Arg. Arts. 2873 y 2874 del Cód. civ. cit.

(7) D. 21, 1, l. 51, § 1; *Id.* 18, 1, l. 12.

circunstancia de que haya conocido el defecto no es exclusiva de la garantía; no impide que el representante haya contratado por error sobre una cosa viciosa (1).

En sentido inverso, no es necesario que el autor haya tenido conocimiento del vicio para ser responsable de él. La naturaleza misma de las convenciones á título oneroso lo obliga á entregar una cosa no viciosa; si él no conocía el vicio, debía conocerlo; el vendedor particularmente debe conocer su mercancía (2). A la verdad, según el antiguo derecho civil de Roma, el vendedor estaba solamente obligado por los vicios que había conocido sin declararlos al comprador; en otros términos, era responsable solamente de su dolo (3). Pero los ediles curules hicieron derivar la garantía de los vicios de la naturaleza misma del contrato de venta, independientemente de toda reticencia fraudulenta de parte del vendedor (4), y al principio del imperio esta regla penetró en el sistema del derecho civil (5).

II. Está en el poder de las partes modificar las reglas mencionadas.

1. Ellas pueden extender la garantía de los vicios á las convenciones á título gratuito, á las cualidades de la cosa (6), á los vicios del espíritu de un esclavo ó de un animal (7). Pueden también restrinjirla, excluyendo la garantía de determinados vicios (8). Es también facultativo para ellos excluir completamente la garan-

(1) D. 11, 1, l. 51; *Id.* 18, 1, l. 13; Maynz, II, § 213.
(2) D. 21, 1, l. 1, § 2.
[3] Cic. *de Officiis*, III, 16.
(4) D. 21, 1, l. 1, § 2.—Arts. 2873, 2876, 2878 y 2879 del Cód. civ. cit.
(5) D. 19, 1, l. 6, § 4, l. 11, § 7 y 8, l. 13, § 1; Maynz, II, § 213.
(6) D. 21, 1, l. 17, § 20 y l. 38, § 10.
(7 D. 21, 1, l. 4, § 3.
(8) D. 21, 1, l. 14, § 9.

tía de un vicio cualquiera, con tal de que el autor ignore el defecto, ó que, conociéndolo lo declare de una manera precisa; si lo conoce y en lugar de declararlo abiertamente, declina la garantía para el caso en que el defecto existiera, la cláusula de no garantía es nula como maleada por el dolo (1). En lo que concierne á la promesa de cualidades, *dicta vel promissa* (2), para tener un carácter obligatorio, debe referirse á una cualidad precisa ó bien determinada (3): afirmaciones vagas ó generales á propósito de la bondad de la cosa son insuficientes (4), porque cada uno tiene el hábito de elogiar su mercancía, sin querer por esto contraer un verdadero compromiso (5). Por ejemplo, un vendedor declara que la casa está bien edificada, que el caballo es vigoroso, etc. (6) El autor está solamente obligado por el dolo que ha podido cometer con ocasión de tal declaración (7). Además, cuando ha sido hecha una promesa de cualidad, no se la debe entender sino de la cualidad media y no de la superior (8), si ésta no ha sido prometida de una manera especial (9). Entre las cualidades prometidas citaremos el número, el peso y la medida; la indicación del número, del peso ó de la medida de una cosa implica la promesa de estas diversas cualidades. Así es cómo se puede

---

(1) L. 14, § 9 cit.—Art. 1493 del Cód. civ. cit.
(2) D. 21, 1, l. 19, § 2.
(3) D. 21, 1, l. 17, § 20; l. 18 y 19, § 1.—Arg., arts. 1296, fr. II y 2873 del Cód. civ. cit.
(4) D. 18, 1, l. 43; *Id.* 21, 1, l. 19, § 3; *Id.* 4, 3, l. 37.—Art. 1301 del Cód. civ. cit.
(5) D. 21, 1, l. 19.
(6) D. 18, 1, l. 43; *Id.* 21, 1, l. 19; Cic. *de offic.*, III, 13.
(7) D. 4, 3, l. 37.
(8) D. 21, 1, l. 8, § 1; l. 19, § 4.
(9) D. 21, 1, l. 18, § 1; *Id.* 45, 1, l. 75, § 2 y l. 18, § 2.

vender un esclavo con un peculio de 10 (1), un rebaño de 100 cabezas, un conjunto de mercancías de un peso de 1,000, un fundo de una continencia de 100 fanegas (2).

2. Estas convenciones que modifican los límites de la garantía legal de los vicios pueden hacerse por simples pactos ó requieren el empleo de la forma de la estipulación, según que el contrato principal es de buena fe ó de derecho extricto (3). En realidad, la estipulación era de uso general (4).

III. Muy frecuentemente también las partes se limitan á convenir en la garantía de los vicios, tal como existe ya de pleno derecho. Era aún usual en Roma hacerse prometer por estipulación que los esclavos ó animales vendidos estaban exentos de los vicios indicados en el edicto de los ediles curules. Por esto, si tal estipulación había sido omitida al tiempo del contrato, el comprador estaba autorizado para exigirla en virtud del derecho civil, que le abría para este fin la *actio empti* (5), y en virtud del derecho edilicio (6). Especialmente en vista de estipulaciones de esta especie, el jurisconsulto Manilio, antes de Cicerón, redactó fórmulas de estipulaciones, llamadas *Manilianæ venalium vendendorum leges* (7); al lado de ellas existían otras fórmulas de un origen diferente (8); ellas variaban según la cosa vendida (9).

---

(1) D. 19, 1. l. 38.
(2) D. 19, 1, l. 2.
(3) D. 21, 1, l. 19, § 2.
(4) Arg. D. 21, 1, l. 31, § 20.
(5) D. 19, 1, l. 11, § 4 y 8; C. 4, 49, l. 14.
(6) D. 21, 1, l. 28, 32 y 61.
(7) Cicerón, *de orat.*, I, 58.
(8) Varron, *de re rustica*, II, § 6.
(9) *Id.*, *Id.*, *Id.*

§ 108.—*Efectos de la garantía por causa de vicios de la cosa y de las cualidades prometidas.*

I. Hecha abstracción de toda convención especial, la garantía por vicios da lugar á los efectos siguientes:

A.) El adquirente puede en general demandar la rescisión del contrato ó la diminución del precio. Pero, para precisar, importa separar el sistema del derecho civil del sistema de los ediles curules.

1. Según el derecho civil, el adquirente puede demandar la rescisión del contrato, cuando no lo hubiera concluído si había conocido el vicio de la cosa. En efecto, el vicio lo autoriza á reclamar una indemnización; ahora bien, si el defecto es de tal naturaleza que el adquirente no hubiera contratado, suponiendo que lo hubiera conocido, el daño causado por el defecto consiste precisamente en la conclusión del contrato, y desde entonces la reparación del daño debe consistir en la rescisión del contrato (1). Solamente que al adquirente corresponde probar que el conocimiento del vicio lo hubiera determinado á abstenerse del contrato, puesto que tal es el fundamento de su demanda. En el caso contrario, debe contentarse con una simple diminución del precio, atendida la depreciación resultante del vicio (2). En ambas hipótesis, el autor está, además, obligado á reparar cualquier otro daño que ha previsto ó podido prever en el momento del contrato (3). El adquirente dispone para los fines indicados, ya de la acción que nace del contrato de buena fe (*actio empti* (4), *actio conducti* (5), *actio præscriptis verbis* (6),

(1) Arg. D. 19, 1, l. 11, § 3.—Arts. 2873, 2875 y 2877 del Cód. Civ. cit.

(2) D. 19, 1, l. 13—Art. 2875 del Cód. civ. cit.

(3) D. 19, 1, l. 13, § 1; *Id.* 19, 2, l. 19, § 1—Art. 2876 del Cód. civ. cit.

(4) D. 19, 1, l. 11, § 3 y l. 13 § 1.

(5) D. 19, 2, l. 19, § 1.—Arts. 2950, fr. V y 2955 del Cód. civ. cit.

(6) Arg. D. 19, 4, l. 1, § 1 y l. 2.

etc.), ya de la acción de dolo (1) ó de una acción *in factum* (2) si el contrato es de derecho extricto.

2. El derecho edilicio es mucho más favorable al comprador (y al copermutante); no concierne á las demás convenciones á título oneroso (3). Acuerda al comprador la opción absoluta entre la rescisión de la venta y una diminución del precio (4). No necesita, si toma el primer partido, probar que no hubiera comprado si hubiera tenido conocimiento del vicio. En efecto, disminuyendo éste considerablemente el valor de la cosa, es siempre posible que si el comprador lo hubiera conocido, no habría querido la cosa á ningún precio; desde entonces convenía referirse á su apreciación para el mantenimiento del contrato. Poco importa que la cosa no sea completamente impropia para el uso á que está destinada; el motivo indicado subsiste (5). Independientemente de la rescisión de la venta ó de la diminución del precio, el vendedor debe reparar todo el daño que ha previsto ó podido prever en el momento del contrato (6). En consecuencia, los ediles curules crearon dos acciones: una para la rescisión de la venta, otra para la diminución del precio. La primera es la acción redhibitoria (*actio redhibitoria*, de *re* y *habere*, tener de nuevo (7), (8); de allí el nombre de *vicios redhibitorios* para designar los defectos que dan lugar á las acciones edilicias. La segunda es la acción del

(1) Arg. D. 4, 3. l. 37.—Arts. 1296, fr. III y 1462 del Cód. civ. cit.
(2) Arg. D. 19, 4, l. 1, § 1.
(3) *Supra*, § 107, I, A, 2º
(4) D. 44, 2, l. 25, § 1.
(5) Arg. D. 21, 1, l. 1, § 1.
(6) D. 21, 1, l. 29, § 3.
(7) D. 21, 1, l. 21.
(8) D. 21, 1, l. 1, § 1.

menor valor ó *actio quanto minoris* (1) (*id est, quanto minoris res, cum veniret, fuerit* (2), (3).

B.) El recurso de garantía por causa de vicios subsiste, no obstante la pérdida accidental (4) ó la evicción (5) de la cosa. Esta regla es racional. El adquirente es lesionado por solo que el contrato recaiga sobre una cosa viciosa; por esta causa adquiere desde él día del contrato el derecho de ejercitar un recurso de garantía, y este derecho no ha podido serle quitado por la pérdida fortuita de la cosa, y todavía menos por su evicción que constituye otra falta á las obligaciones del autor (6).

C.) Es claro que, por un solo y mismo vicio, el adquirente no puede acumular la acción de rescisión del contrato y la diminución del precio. Si, después de haber ejercitado una de estas acciones, con ó sin éxito, recurría á la otra, era rechazado; la ley le acuerda la opción entre las dos demandas; ejercitando una, renuncia implícitamente la otra (7). Pero, *¿quid* si se trata de vicios diferentes? En principio, la acumulación es posible. Después de haber demandado, en razón de un primer vicio, la diminución del precio, con ó sin éxito, nada impide al adquirente que descubre un segundo vicio, demandar todavía la diminución del precio (8) ó la rescisión del contrato (9) salvo, en esta última alternativa, tomar en cuenta la reducción del

---

(1) D. 21, 1, l. 18 y 43, § 6.
(2) D. 44, 2, l. 25, § 1.
(3) D. 21, 1, l. 18 y 38, § 5.
(4) D. 21, 1, l. 47, § 1 y l. 48.
(5) D. 21, 1, l. 44, § 2; *Id.* 21, 2, l. 16, § 2.
(6) L. 44, § 2 cit., *Supra*, § 105, I, D, 3°.
(7) D. 44, 2, l. 25, § 1.—Art. 2877 del Cód. Civ. cit.
(8) D. 21, 1, l. 31, § 16.
(9) Arg. L. 31, § 16 cit.

precio obtenida por causa del primer vicio (1). Del mismo modo el adquirente que con motivo de un primer defecto ha sucumbido en la acción de rescisión, puede, si descubre otro, demandar, ya la rescisión, ya la diminución del precio (2). Pero si ha hecho rescindir el contrato en razón de un vicio, se comprende que su derecho de obrar en garantía por causa de los vicios de la cosa está completamente agotado.

D.) Si varias cosas hacen el objeto de un mismo contrato y una de ellas es viciosa, en general el adquirente no puede demandar la rescisión del contrato ó diminución del precio sino en lo que concierne á la cosa viciosa; no hay motivo para que el contrato no produzca sus plenos efectos en cuanto á las cosas no viciosas (3). Es indiferente que el contrato fije un precio en globo para todas las cosas (4). En este último caso el juez hará una ventilación, es decir, repartirá el precio total entre las diferentes cosas en proporción á su valor respectivo; será la porción del precio único, así atribuido á la cosa viciosa, la que deberá ser restituida ó disminuida (5). Por derogación de la regla enunciada, el adquirente tiene el derecho de demandar la rescisión del contrato todo entero ó bien una reducción del conjunto del precio, si la cosa viciosa ha sido la causa determinante del contrato, ya porque era principal (6), ya porque formaba un conjunto con las cosas no viciosas (7). Es preciso decidirlo así, aun cuando se hubieran fijado precios separados para las

(1) Arg. L. 31, § 16 cit.; D. 21, 2, l. 32, § 1.
(2) Arg. D. 21, 1, l. 48, § 7.
(3) D. 21, 1, l. 38, § 12 y 14.
(4) D. 21, 1, l. 38, § 14.
(5) D. 21, 1, l. 64 y 36.
(6) Arg. D. 21, 1, l. 34 y 38, § 13 y 14.
(7) Los mismos textos.

diferentes cosas; si en esta hipótesis el adquirente reclama una diminución del precio, ésta se operará sobre el total de los precios separados (1).

E.) ¿Qué decidir si hay varios adquirentes ó herederos de un adquirente único ó bien varios autores ó herederos de un autor único? Ninguna dificultad si varios han contratado juntamente, pero cada uno por su parte. Hay entonces tantos contratos propios é independientes como adquirentes ó autores; y en cada uno de estos contratos no se encuentra sino un solo adquirente y un solo autor (2). Fuera de este caso, dos hipótesis pueden presentarse:

1. Hay varios *adquirentes*, cada uno por el todo ó bien varios herederos de un adquirente único. Todos estos cointeresados deben entenderse sobre la acción que han de intentar, y, establecido el acuerdo, ejercitarla de concierto, sea por sí mismos, sea por un mandatario común. Esta regla se funda en la naturaleza de las cosas. A falta de concierto previo, uno de los cointeresados podría pedir la rescisión del contrato, mientras que el otro juzgaría conveniente mantenerlo, contentándose con una diminución de precio. Ahora bien, el contrato concluído por el todo es indivisible: debe ser mantenido por el todo ó completamente rescindido (3).

2. Hay muchos *autores* cada uno por el todo ó bien muchos herederos de un autor único. En el caso, el adquirente tiene la facultad de obrar separadamente contra cada autor ó heredero del autor por su parte y porción individual ó hereditaria; es facultativo para él demandar al uno por rescisión del contrato, al otro por

---

(1) D. 21, 1, l. 34.
(2) D. 21, 1, l. 31, § 10.
(3) D. 21, 1, l. 31, § 5.

reducción del precio. La razón de esta diferencia con la hipótesis precedente es que, á pesar de la separación de las demandas, el contrato será siempre mantenido por el todo ó rescindido por el todo respecto de cada autor ó heredero del autor; el principio de la indivisibilidad del contrato es, pues, salvado (1). Por lo demás, cada autor ó heredero del autor no puede en general ser demandado por rescisión del contrato ó diminución del precio, sino por su parte y porción individual ó hereditaria, porque se trata de una obligación que tiene por objeto cosas corpóreas y que por consiguiente es divisible (2). Sin embargo, en virtud de una disposición especial, si los asociados venden cosas comunes, las acciones edilicias, pero solamente ellas, se dan por el todo contra uno de los asociados (3), con tal de que tenga una parte social tan fuerte como alguno de sus covendedores (4). Es una verdadera solidaridad legal (5). Algunos autores restrinjen esta regla á la sociedad para la venta de esclavos (6); pero se aplica á una sociedad cualquiera (7).

F.) En lo que concierne especialmente á la acción redhibitoria, compete al comprador [y al copermutante] en dos circunstancias: Desde luego, y ante todo, después del descubrimiento del vicio redhibitorio (8), en seguida, independientemente de esta condición, cuando el vendedor de esclavos ó de animales rehusa prestar la estipulación usual relativa á los vicios (9).

---

(1) Arg. D. 21, 1, l. 31, § 10.
(2) D. 21, 1, l. 31, § 10 y l. 44, § 1.
(3) D. 21, 1, l. 31, § 10 y l. 44, § 1.
(4) L. 44, § 1 cit.
(5) *Supra*, § 51, II, D, 6° y § 55.
(6) Arg. D. 21, 1, l. 44, § 1.
(7) Arg. 21, 1, l. 31, § 10.
(8) D. 21, 1, l. 1, § 1.
(9) D. 21, 1, l. 28; *Supra*, § 107, III.

En los dos casos, ella está sometida á una corta prescripción: en el primero, se prescribe por seis meses útiles (1) á partir del descubrimiento del vicio (2); en el segundo, por dos meses (3) después de la negativa de prestar la estipulación (4). La acción redhibitoria tiende á la rescisión de la venta, luego á reponer á las partes en su estado anterior, en el estado en que se hubieran encontrado sin la venta (5). Según esto:

1. El vendedor debe restituir el precio (6), con los intereses desde el día del pago (7), y reembolsar el costo del contrato (8), los gastos de entrega de la cosa (9), los impuestos (10), los gastos necesarios hechos en la cosa y aun los útiles que él ha podido prever (11), salvo la compensación de los gastos ordinarios, tales como la conservación del animal, con la utilidad que el comprador ha obtenido de su uso (12). El vendedor debe también indemnizar al comprador de cualquier otro daño (13), con tal de que el vendedor lo haya previsto ó podido prever al tiempo del contrato (14), y en particular debe reparar las pérdidas causadas por el vicio de la cosa (15). Sin embargo, por una

---

(1) Paulo, III, 17, § 5; D. 21, 1, l. 19, § 6 y l. 38.—Art. 2880 del Cód. civ. cit.
(2) D. 21, 1, l. 19, § 6.
(3) D. 21, 1, l. 28.
(4) Arg. L. 28 cit.
(5) D. 21, 1, l. 23, § 7 y l. 60.
(6) D. 21, 1, l. 25, § 9 y l. 27.—Art. 2879 del Cód. civ. cit.
(7) D. 21, 1, l. 27 y 29, § 2.
(8) Arg. D. 21, 1, l. 27.
(9) *Id.*, *Id.*
(10) D. 21, 1, l. 27.
(11) *Id.*, *Id.*, l. 29, § 3 y l. 30, § 1.
(12) L. 30, § 1 cit.
(13) D. 21, 1, l. 29, § 3; *Id.* 47, 2, l. 17. § 2.
(14) Paulo, II, 17, § 11; Arg. D. 19, 1, l. 13. § 1.
(15) Paulo, II, 17, § 11; D. 47, 2, l. 17, § 2.—Art. 2876 del Cód. civ. cit.

disposición de equidad, si el vendedor es de buena fe (1), puede, abandonando la cosa, limitarse á reembolsar el precio de venta con los intereses, el costo del contrato, los gastos de entrega así como los impuestos. Mediante este abandono, debido á la analogía de las acciones noxales, se sustrae al reembolso de los gastos y de todos los demás daños y perjuicios (2).

2. Por su lado, el comprador está obligado á restituir la cosa con sus accesorios (3), comprendidos en éstos los productos y particularmente los frutos que ha obtenido ó podido obtener de la cosa, desde su tradición, porque responde de su culpa (4). Del mismo modo responde de los deterioros que la cosa ha sufrido por su culpa (5) y debe librarla de los derechos reales que ha impuesto en ella (6).

Es también de notar que al comprador corresponde cumplir desde luego sus obligaciones, antes de poder reclamar la ejecución de las del vendedor (7).

G.) La acción de menor valor concurre electivamente con la acción redhibitoria cuando el comprador (ó el copermutante) hace constar la existencia de un vicio redhibitorio, ó bien cuando el vendedor de esclavos ó de animales rehusa la estipulación usual relativa á los vicios. Bajo el primer aspecto, ella se prescribe por un año útil (8) á contar del descubrimiento del vicio (9), bajo el segundo, por seis meses á partir

(1) Arg. D. 21, 1, l. 1, § 1.
[2] D. 21, 1, l. 23, § 8.—Art. 2879 del Cód. civ. cit.
[3] D. 21, 1, l. 1, § 1, l. 23, § 1 y l. 33, § 1.
[4] D. 21, 1, l. 1, § 1.—Art. 2885 delCód. civ. cit.
[5] D. 21, 1, l. 1, § 1.—Art. 2885 cit.
[6] D. 21 ,1, l. 43, § 8.—Art. 1509 del Cód. civ. cit,
[7] D. 21, 1, l. 25, § 10 y l. 26; *Id.*, *id.*, l. 25, § 8 y l. 45.
[8] D. 21, 1, l. 38 y 48, § 2; C. 4, 58, l. 2.
[9] D. 21, 1, l. 19, § 6 y arg. l. 55.

de la negativa de prestar la estipulación (1). La acción tiende á hacer deducir del precio de venta la suma que la cosa vendida valía menos en razón del vicio el día del contrato (2). Sin embargo, si el vicio es de tal manera importante que la cosa vendida no tenga ya ningún valor, el juez pronunciará la redhibición. En rigor, debería ordenar al vendedor que restituyese la casi totalidad del precio, mientras que el comprador guardaría la cosa casi desprovista de toda utilidad. En lugar de mantener la venta en proporciones tan restrinjidas, era más natural rescindirla (3).

H.) Todas estas reglas sobre el recurso de garantía por causa de vicios de la cosa se aplican á la garantía de las cualidades prometidas (4). La garantía del número, del peso ó de la medida de la cosa merece, sin embargo, un examen especial (5). Nos referiremos á título de ejemplo á la venta de un fundo de tierra con indicación de lo que contiene. Dos hipótesis son posibles:

1. El fundo vendido con indicación de lo que contiene lo ha sido por un precio único. Uno ha vendido un fundo por 10,000 francos, indicando que contiene 100 fanegas de tierra. El vendedor debe garantizar este contenido (6) de la misma manera que cualquiera otra cualidad prometida. Si, pues, el inmueble no tiene el contenido indicado, si no tiene sino 90 fanegas en vez de 100, según el sistema del derecho civil, el comprador tiene derecho á la rescisión del contrato ó á una

---

[1] D. 21, 1, l. 28.
[2] D. 21, 1, l. 38, § 13.
[3] D. 21, 1, l. 43, § 6.
[4] D. 21, 1, l. 1, § 1.
[5] *Supra*, § 107; II, 1°.
[6] D. 19, 1, l. 2.

diminución proporcional del precio (1), según que hubiera ó no comprado el inmueble si hubiera conocido su contenido verdadero (2). En virtud del sistema edilicio, tiene la opción absoluta entre la rescisión de la venta y una reducción del precio (3). Por el contrario, un excedente de contenido no da lugar á un aumento de precio, porque el comprador ha estipulado por el precio convenido todo el inmueble, con la integridad de su contenido; las 100 fanegas indicadas en el contrato no representaban sino un mínimum de contenido obligatorio para el vendedor (4).

2. El fundo vendido con indicación del contenido lo ha sido á tanto la medida. Ha sido vendido á 100 francos la fanega de tierra y como conteniendo 100 fanegas. El vendedor deberá la misma garantía que en el caso precedente (5). Pero si el fundo tiene un contenido superior, el precio se determinará según el número de fanegas que fueren medidas; así lo exige el contrato (6).

Se seguirán las mismas reglas cuando el vendedor de un inmueble ha indicado el contenido de ciertos géneros de cultura comprendidos en el inmueble, por ejemplo: un viñedo, una plantación de olivos, etc. (7), salvo que la reducción del precio total, por causa de un déficit de contenido, deberá hacerse atento el valor del cultivo á que se refiere el déficit (8), y el comprador no podrá pedir la rescisión de la venta, á no ser que

---

[1] D. eod., l. 4, § 1.—Arts. 2861 y 2862 del Cód. civ. cit.
[2] *Supra*, núm. I, A, 1º de este §.
[3] *Supra*, núm. I, A, 2º, eod.
[4] Arg. D. 19, 1, l. 38; *Id.* 21, 2 l. 45.—Art. 2866 del Cód. civ. cit.
[5] D. 21, 2, l. 69 § 6.
[6] D. 18, 1, l. 40, § 2.
[7] D. 19, 1, l. 4, § 1.
[8] L. 4, § 1 cit.

haya contratado en vista del conjunto del inmueble (1).

Pero si dos fundos han sido vendidos en el mismo contrato, con indicación de su contenido respectivo, y hay de un lado un déficit y del otro un excedente, ¿el vendedor puede compensar? Si los dos inmuebles han sido vendidos por un precio único, se admite la compensación hasta la debida concurrencia, atento el valor respectivo de las fanegas que faltan de un lado, y que constituye el excedente del otro (2). Al fijar un precio total, las partes han querido que no fuese reducido sino en tanto que el déficit en el contenido de uno de los inmuebles no fuese compensado por un excedente en el contenido del otro (3). Esta consideración no puede ser invocada cuando los inmuebles han sido vendidos por precios distintos, y por tanto el vendedor es responsable de una manera absoluta de cada uno de los contenidos indicados en el contrato (4).

La misma distinción debe ser observada cuando, con ocasión de la venta de un solo inmueble, el vendedor ha indicado el contenido de ciertos géneros de cultivo y hay un déficit de un lado y excedente del otro (5).

II. Las partes pueden derogar las reglas mencionadas sobre el objeto del recurso de garantía por causa de vicios de la cosa ó de cualidades prometidas, y sobre todo, convenir en que el autor pagará una suma fija si la cosa es viciosa ó no tiene las cualidades prometidas. Aquí, como desde el punto de vista de la evicción, era usual en Roma estipular el doble del precio, desde que la venta presentaba cierta importancia

[1] *Supra*, núm. I, D de este §.

(2) D. 19, 1. l. 42.

(3) *Id.*, *Id.*

(4) Arg. l. 42 cit.

(5) D. 19, 1, l. 22 y 34; *Id* 21, 1, l. 13, § 14.

(1), y á consecuencia de la frecuencia de la *stipulatio duplæ*, si ésta había sido omitida al tiempo del contrato, el comprador tenía el derecho de reclamarla por la *actio empti* (2). Las convenciones relativas á la garantía de los vicios ó de las cualidades de la cosa producen, según las circunstancias, la acción que nace del contrato de buena fe ó la *actio ex estipulatu*; una y otra son perpetuas (3).

G).—Del recurso por lesión.

§ 109.—*De los casos en que se puede ejercitar el recurso por lesión.*

1. En general las convenciones no pueden ser atacadas por causa de simple lesión. Por la naturaleza misma de las cosas, cada parte tiene el derecho de esforzarse en contratar bajo condiciones tan ventajosas como sea posible, salvo abstenerse de maniobras fraudulentas; *naturaliter concessum est*, dice Paulo, *quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circunscribere* (4), y en realidad, casi todos los contratos causan un daño más ó menos considerable á uno de los contratantes; si, pues, se atendiera á la lesión, se destruiría la fuerza obligatoria de los contratos. El recurso por causa de lesión es un derecho eminentemente excepcional. Hecha abstracción de los menores, que pueden obtener la restitución *in integrum* contra cualquiera convención que los lesiona (5). El recurso por

(1) D. 21, 1, l. 31, § 20.
(2) L. 31, § 20 cit.; D. 19, 1, l. 11, § 4 y 8; C. 4, 49, l. 14.
(3) D. 19, 1, l. 11, § 11.—Arts. 2861, 2862, 2864, 2865 del Cód. civ. cit.
(4) D. 19, 2, l. 22, § 3; *Id.* 4, 4, l. 16, § 4.—Art. 1657 del Cód. civ. cit.
(5) D. 4, 1, l. 8; *Id.* 4, 4, l. 29; C. 5, 71, l. 11, § 1.

lesión no es admitido sino en la venta en favor del vendedor y en la convención relativa á la partición extrajudicial. Aquel que ha vendido una cosa en menos de la mitad de su valor real, tiene un recurso contra el comprador (1). Si la ha vendido á un precio tan mínimo, es que ha sido obligado por la necesidad; ha debido procurarse dinero á toda costa para subvenir á su conservación. Y por su lado el comprador ha explotado de una manera perversa la situación precaria del vendedor. Tanto como la posición del vendedor es favorable, es desventajosa la del comprador (2). Del mismo modo, la partición convencional da lugar á un recurso cuando uno de los copartícipes ha sufrido una lesión considerable; una lesión de más de la mitad no es necesaria. En efecto, la partición descansa esencialmente sobre el principio de la igualdad; tiene por objeto procurar á cada uno de los copartícipes el equivalente de su parte indivisa en los bienes comunes; ahora bien, este principio es infringido por una lesión importante (3). Se ha sostenido, sin embargo, que la partición convencional no es rescindible por causa de lesión (4). Nos referimos á las teorías de la venta y de la partición convencional (5).

2. Pero es preciso rechazar el recurso por lesión en todas las demás convenciones, y aún en la venta rehusarlo al comprador. El derecho de hacer rescindir un contrato por causa de lesión, como excepcional no puede ser admitido sino sobre el fundamento de un texto positivo. Ahora bien, tal texto no existe ni para el com-

---

(1) C. eod., l. 4.

(2) L. 2 cit.

(3) *Consult, vet. jurisconsulti*, II, 3; C. 3, 38, l. 3—Art. 3818 del Cód. civ. cit.

(4) Sintenis, II, § 122, A, *Contra:* Molitor, II, núm. 696; Maynz, II, § 278, nota 16.

(5) *Infra*, § 116 bis y 118, 4°.

prador ni para ninguna otra convención que la venta y la partición convencional. En cuanto á las disposiciones concernientes al vendedor y á los copartícipes, como excepcionales, no pueden ser extendidas por analogía. Por lo demás, la analogía misma no existe. La consideración especial que milita en favor del vendedor y de los copartícipes no se encuentra respecto de los demás contratantes. Si se es forzado algunas veces á vender á toda costa para procurarse dinero, se es siempre libre de no comprar; motivos de conveniencia obligan á comprar; se es también libre para no concluir convenciones que no sean la venta. Y el principio de la igualdad que constituye el fundamento de la partición convencional es absolutamente especial para ésta. Vanamente se objeta la equidad que debe presidir á los contratos de buena fe; no se podría deducir de allí un recurso por causa de lesión; es al contrario, propio de la naturaleza de las convenciones lesionar á uno de los contratantes de una manera más ó menos sensible. No se puede decir tampoco que, en las convenciones conmutativas, contratando cada parte en vista de un equivalente cierto, el contrato se encuentra viciado por una desproporción enorme entre las prestaciones recíprocas. Si es verdad que en el contrato conmutativo cada parte tiene en mira un equivalente cierto que ha de suministrar la otra, no es en manera alguna necesario que en realidad exista este equivalente (1). La opinión dominante entre los intérpretes modernos del Derecho Romano se pronuncia en este sentido (2); algunos solamente defienden el recurso por lesión de más de la mitad en todas las convenciones conmutativas y en particular en favor del

[1] *Non obstat.*; D. 23, 3, l. 6, § 2; C. 3, 38, l. 3; *Id.* 4, 44, l. 2; D. 17, 2, l. 78 y 79.

[2] Molitor, I, núm. 522; Maynz, II, § 214.

comprador, cuando el precio de venta excede del doble del valor real de la cosa (1).

§ 110.—*Objeto del recurso por lesión.*

Como se explicará en las teorías de la venta y de la partición convencional (2), la parte lesionada, vendedor ó copartícipe, puede hacer rescindir la convención, salvo que no teniendo su acción otro fundamento que la lesión, está en poder de la parte adversa mantener la convención pagando un suplemento, de manera que se haga desaparecer la lesión (3).

VII.—*De los efectos de las convenciones respecto de terceros;*
§ 111.

Es un principio fundamental que las convenciones no tienen efecto respecto de terceros; no pueden ni dañarlos, ni aprovecharles, porque su voluntad no ha concurrido á ellas; del mismo modo que no han tomado ninguna parte en la conclusión del contrato, deben quedar extraños á sus efectos. *Res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest* (4). Pero los herederos de los contratantes no son terceros, puesto que no forman sino una persona con su autor; se presume que se promete y se estipula por sí y por sus herederos (5); las obligaciones que nacen de los contratos se trasmiten activa y pasivamente á los herederos de las partes (6). Se puede así prometer y estipular de una manera expresa

[1] Gluck, XVII, § 1028.—Arts. 1658 y 2890 del Cód. civ. cit.
[2] *Infra*, § 116 bis, III, A y § 118 4º
[3] C. 4, 44. l. 2.—Art. 2875 del Cód. civ. cit.
[4] C. 7, 60; *Id.* 4, 12, l. 3; D. 50, 17, l. 73, § 4 y l. 74—Art. 1277 del Cód. civ. cit.
[5] D. 22, 3, l. 9—Art. 3227 del Cód. civ. cit
[6] C 8, 37, l. 13; D. 45, 1, l. 38, § 2 y 13; *Supra*, § 102.

"por sí y por sus herederos;" la mención de los herederos nada añade al contrato (1). ¿*Quid* si se ha prometido ó estipulado "por sus herederos," sin haberlo hecho por sí mismo?, ó, lo que viene á ser lo mismo, si se ha prometido ó estipulado "para la época de la muerte," *cum moriar vel morieris*, *post mortem meam vel tuam* (2)? El contrato es válido. Al contratar por sus herederos solamente, uno se limita á debilitar el alcance del contrato puro y simple, como en sentido inverso se puede restrinjirlo á la propia persona, con exclusión de sus herederos. En realidad, el contrato es concluido con un plazo suspensivo; y este plazo expira á la muerte de la parte que ha contratado por sus herederos. Justiniano fijó en este sentido la legislación Romana (3). El derecho clásico no admitía que se pudiera prometer ó estipnlar, ya "para los herederos" solamente (4), ya "para la época posterior á la muerte," *post mortem meam vel tuam* (5). No reconocía sino la validez de las convenciones hechas "para la época misma de la muerte de una de las partes," *cum moriar vel morieris* (6). Era aplicar mal la regla exacta: *obligatio ab herede incipere non potest* (7); porque se trataba de hacer comenzar con los herederos no la existencia de la obligación, sino simplemente su exigibilidad. Por esto Justiniano hizo válidas las promesas y las estipulaciones "para los solos herederos," ya directamente (8) ya por la cláusula *post mortem* (9). El principio según el cual

(1) D. 45, 1, l. 38, § 14; *Id* 17, 2, l. 52, § 9.
(2) C. 8, 37, l. 11.
(3) *Id.*, *Id.*
(4) Gayo, III, 100.
(5) *Id.*, íd., 101 y 158.
(6) *Inst.* 3, 19, § 15.
(7) Gayo, III, 158; *Supra*, § 98, I, C.
(8) C. 4, 11, l. únic.
(9 *Inst.* 3, 19, § 13; C. 8, 37, l. 11 y 15, § 1.

las convenciones no tienen efecto respecto de terceros, conduce á las consecuencias siguientes:

I. Desde luego un tercero no designado en el contrato no puede invocar su beneficio, ni ser obligado por el contrato (1). Por excepción de esta regla, cuando la mayoría de los acreedores de una persona concluye un concordato con ésta, ó bien le otorga un plazo de pago, observando las condiciones legales, la convención es obligatoria para la minoría de los acreedores (2). Es una disposición enteramente especial (3).

II. No se puede válidamente ni prometer el hecho de un tercero, ni estipular por otro. La promesa del hecho de un tercero es á la vez nula para el tercero y para el promitente: para el tercero, porque no ha intervenido en el contrato (4); para el promitente, porque ha prometido algo imposible; el hecho de un tercero no está en nuestro poder; podemos prestar nuestro propio hecho; pero de ninguna manera el hecho de otro (5). De la misma manera, la estipulación por un tercero es nula respecto del tercero, porque no ha concurrido al contrato (6), y respecto del estipulante, por falta de interés (7). Fijemos ahora los límites exactos de estas dos reglas, é investiguemos las excepciones que deben aceptarse:

A.). En lo que concierne á la promesa del hecho de otro, es evidente que el promitente está obligado si, al lado del hecho del tercero, promete un hecho personal.

---

(1) C. 7, 60, l. 2 y 3; *Id.* 4, 12, l. 3.
(2) D. 2, 14, l. 7, § 17 y 19 y l. 8; *Infra*, § 248; C. 7, 71, l. 8, § 1 y 6.
(3) *Inst.* 4, 6, § 10; *Id.* 4, 7, § 4.
(4) Arg. C. 7, 60 l. 2 y 3.—Art. 1284 del Cód. civ. cit.
(5) *Inst.* 3, 19, § 3 y 21.
(6) Arg. *Inst.* 3, 19, § 4.
(7) Id., § 4 y 19; D. 45, 1, l. 38, § 17; C. 8, 38, l. 3.

En este caso, la promesa del hecho personal es plenamente válida, á pesar de la nulidad de la promesa del hecho de otro, y particularmente:

1. Nada impide, cuando se promete el hecho de otro, comprometerse á pagar, ya una indemnización en general, ya una pena determinada, para el caso de que el tercero no ejecutara la promesa. Este compromiso es una convención condicional, que no presenta nada de particular (1).

2. Se puede, aun prometiendo el hecho de un tercero, obligarse uno mismo por él, es decir, garantizar personalmente la ejecución de la promesa del hecho del tercero (2), y entonces, si esta promesa queda sin ejecución, el promitente está obligado á los daños y perjuicios, porque se ha obligado personalmente. Para que se esté autorizado á admitir este compromiso personal del promitente, no es necesario que haya declarado en términos expresos "que se obligaba por el tercero," ó bien, "que garantizaba la prestación prometida." No es necesario aún que él haya declarado "que obraría de suerte que la prestación se cumpliese" (3) ó bien «que él la haría ejecutar.» La intención de obligarse resulta frecuentemente de la naturaleza de la convención ó de las circunstancias. El deudor que promete que un tercero será su fiador, se obliga implícitamente á obrar de tal suerte, que su acreedor tenga la garantía prometida (4). Del mismo modo, el vendedor que promete al comprador "que no será víctima de la evicción por un tercero," ó bien que garantiza al comprador contra cualquiera evicción, se pre-

(1) *Inst.* 3, 19, § 21; D. 45, 1, l. 38, § 2.—Art. 1333 del Cód. civ. cit.
(2) Arg. *Inst.* 3, 19, § 3.
(3) § 3, cit.
(4) D. 13, 5, l. 14, § 2.

sume que se compromete á hacer todo lo necesario para que ningún tercero despoje al comprador (1). Así todavía, aquel que presta la estipulación Pretoriana *ratam rem dominum habiturum* ó *alium judicio sisti*, se obliga implícitamente á determinar, ya el dueño que ha de ratificar, ya el tercero que ha de presentarse ante los Tribunales (2). En fin, si se da un fiador en seguridad de la promesa del hecho de otro, se entiende garantizar personalmente la prestación de este hecho; de lo contrario, la fianza no tendría objeto por falta de obligación principal (3).

3. Cuando se promete conjuntamente "por sí y por un tercero," se está obligado por la mitad, porque la promesa se divide entre el promitente y el tercero; ahora bien, bajo el primer aspecto ella es válida (4). El promitente aún podría ser demandado por el todo si se tratase de una obligación indivisible, y esto conforme á las reglas sobre la indivisibilidad de las obligaciones (5). En el caso de una promesa hecha alternativamente "por sí *ó* por un tercero," se está siempre obligado por el todo, puesto que se ha prometido el todo por cuenta personal (6).

B). En cuanto á la estipulación en favor de un tercero.

1. Es claro que el estipulante se hace acreedor si, al lado de la estipulación por otro, ha estipulado por su cuenta personal. Entonces la última estipulación debe producir sus efectos, no obstante la nulidad de la primera. Y en particular:

---

(1) D. 45, 1. l. 83.
(2) D. 46, 8, l. 19; *Id.* 45, 1, l. 81.
(3) D. 45, 2, l. 5.
(4) *Novella.* 115, cap. 6.
(5) Arg. D. 8, 4, l. 5.
(6) *Novella.* 115, cap. 6.

a). Se hace prometer válidamente una pena para el caso en que la prestación estipulada en favor del tercero no recibiera su ejecución. Es una estipulación penal ordinaria (1).

b). La estipulación en favor de un tercero se hace válida siempre que el estipulante tiene un interés indirecto en su ejecución (2). Puedo estipular de vos que pagaréis 1,000 á mi Administrador; porque tengo interés en que éste adquiera, para la gestión de mis negocios, fondos de que me deberá cuentas (3). Puedo también estipular de vos que haréis á mi acreedor una prestación cualquiera de manera que me libre de mi deuda (4); después de haber prometido á A el fundo de B, puedo estipular de B que entregará su fundo á A (5); después de haberme obligado hacia A á construirle una casa, puedo estipular de B que construirá esta casa por cuenta de A (6). La estipulación en favor de un tercero presenta también interés para el estipulante, cuando forma lo accesorio de un contrato que el estipulante concluye principalmente por él. La estipulación por otro es entonces una de las condiciones del contrato principal; ahora bien, el estipulante está interesado en la ejecución de todas las condiciones del contrato. Es así cómo el vendedor de una cosa arrendada estipula válidamente del comprador que dejará al arrendatario en el goce de la cosa; tiene un interés evidente en esta estipulación, puesto que el arrendatario expulsado por el comprador gozaría de

(1) *Inst.* 3, 19, § 19; D. 45, 1, l. 38, § 17.
(2) *Inst.* 3, 19, § 20; D. 45, 1, l. 38, § 22; C. 8, 38, l. 3.
(3) *Inst.* 3, 19, § 20; D. 45, 1, l. 38, § 23.
(4) *Inst.* 3, 19, § 20; D. 45, 1, l. 38 § 23.
(5) Arg. l. 38 cit. § 21.
(6) L. 38 cit. § 21; D. 8, 4, l. 6, § 3.

un recurso contra su arrendador (1). Del mismo modo, al vender un inmueble, puedo estipular del comprador que concederá una servidumbre sobre el fundo en favor de un tercero; tengo interés en el establecimiento de esta servidumbre, puesto que podré hacérmela pagar por el tercero; ella hace parte del precio de venta y tengo interés en el pago íntegro del precio (2). En fin, el donante puede estipular del donatario una carga en favor de un tercero; tengo interés en ver ejecutar la carga demi liberalidad, aunque la carga deba aprovechar directamente á un tercero (3). En la última especie, el estipulante puede no solamente exigir la ejecución del modo, sino además revocar la donación por causa de inejecución de ese mismo modo (4).

c). Cuando se estipula conjuntamente "para sí *y* para un tercero," la estipulación vale por la mitad (5) y aún por el todo en el caso de una obligación indivisible (6). En cuanto á la estipulación alternativa "para sí *ó* para un tercero," vale por el todo de una manera general (7). Ella tiene además cierta eficacia con respecto al tercero; si éste no se hace acreedor, figura al menos en la obligación como *adjectus solutionis causa* (8).

Por el contrario, la sola circunstancia de que al estipular en favor de un tercero, se hace uno garante por él, no valida la estipulación, porque ella no impide al estipulante que nada haya estipulado para él mismo,

(1) C. 4, 65, l. 9; D. 19, 2, l. 25, § 1.
(2) D. 8, 4, l. 6, § 3.
(3) *Contra*: Molitor, I, núm. 62 y Maynz, II, § 256, nota 17.
(4) *Vatic. fragm.* 286; C. 8, 54, l. 3.—Arts. 2633 y 2644 del Cód. civ cit.
(5) *Inst.* 3, 19, § 4; D. 45, 1, l. 110; C. 8, 38, l. 6.
(6) D. 8, 4, l. 5.
(7) *Inst.* 3 19, § 4.
(8) § 4 cit.; D. 46, 3, l. 10 y 12, § 1.

ni que el tercero quede extraño al contrato.

2. Independientemente de estos casos en que la estipulación en favor de un tercero produce efecto respecto del estipulante porque implica una estipulación por cuenta personal, confiere también derechos al tercero cuando forma lo accesorio de un contrato que el estipulante concluyó para sí mismo. Hemos dicho antes (1) que la estipulación en favor de un tercero vale respecto del estipulante, siempre que forma lo accesorio de un contrato que concluye principalmente para él, porque entonces tiene interés en la ejecución de la estipulación en favor del tercero. Esta estipulación, válida así respecto del estipulante, constituye al mismo tiempo una oferta respecto del tercero. Ahora bien, esta oferta crea una convención nueva desde que es aceptada por el tercero; desde este momento el promitente está ligado hacia el tercero. Hasta entonces el estipulante es libre de revocar su estipulación respecto de la cual sólo tenía un derecho adquirido (2). El principio según el cual las estipulaciones hechas en favor de terceros, accesoriamente á otro contrato que se concluyó para sí mismo, produce efectos respecto de los terceros, da lugar á las consecuencias siguientes:

a). Si el donante ha impuesto al donatario un modo en favor de un tercero, éste puede demandar la ejecución del modo (3).

b.) Si una dote ha sido constituida con la carga de ser restituida á un tercero á la disolución del matrimonio, el tercero se aprovecha de esta estipulación (4).

c.) Si el vendedor de una cosa arrendada estipula del comprador que dejará al arrendatario en el goce de la

(1) Núm. I, B, 1°, *b*.
(2) Molitor, I, núm. 62, *a*.
(3) *Vatic. fragm.*, 286; C. 8, 54, l. 3.
(4) D. 24, 3, l. 45; C. 5, 14, l. 7; Molitor, I, núm. 62.

...uede invocar esta estipulación
...).
...un inmueble estipula del com-
...to de una servidumbre sobre el
... tercero, éste tiene derecho al
...ión (2).
...mite ni aun que se pueda pro-
... tercero en nombre de este úl-
...representante, porque propia-
...posible querer por otro; no se
...sí mismo. El representante de-
...a sí mismo, como si obrase en
...e personalmente prometer ó es-
...prar, dar ó tomar en arrenda-
...do ó prestar, etc. (3). El repre-
...para sí mismo se hace natural-
...or personal de los terceros con
...or, queda sometido á la acción
...or, tiene acción contra ellos (4).
... vez al mandatario (5), al tutor
... gestor de negocios (8). Pero
...ndo sido concluido el contrato
... vista del principal, sus efectos
... este último, al menos en cuan-
...; es el principal quien debe re-
...as del contrato y soportar sus
...el mandatario que, en razón de

... y Molitor, I, núm. 596, 2°.

...7, l. 9; *Id.* 44, 7, l. 11.
..., § 2.

una *promesa*, se ha hecho deudor del tercero, dispone contra el mandante de la acción contraria de mandato, para hacerse librar de la deuda; el mandante debe pagar al tercero acreedor, ó bien, si éste consiente en ello, obligarse hacia él en lugar del mandatario (1). Si el mandatario ha pagado ya al tercero con sus propios fondos, puede por la misma acción contraria de mandato, hacerse reembolsar el gasto (2). Recíprocamente cuando, á consecuencia de una *estipulación* el mandatario se ha hecho acreedor del tercero, el mandante puede, por la acción directa de mandato, forzarlo á ceder las acciones adquiridas contra el tercero; demanda en seguida á éste por las acciones cedidas (3). En el caso en que el mandatario ha recibido ya el pago de la deuda del tercero, debe cuentas al mandante por la dicha acción (4). Por su lado el tutor que ha contratado por cuenta del impúber, puede pagar al tercero acreedor con los fondos pupilares, ó bien hacerse pagar por el tercero deudor y llevar al activo del pupilo lo que ha recibido. Si no ha pagado con los fondos pupilares, puede, al fin de la tutela (5) y por la acción contraria de tutela, hacerse indemnizar del pago hecho con los fondos propios, ó bien hacerse librar de la obligación no cumplida todavía (6). Y si no ha sido pagado todavía por el tercero deudor, debe, al fin de la tutela (7) y por la acción directa de tutela, ceder al pupilo las acciones adquiridas contra el tercero (8). Se si-

[1] D. 17, 1, l. 45.
[2] Paulo, II, 15, § 2.
[3] D. 17, 1, l. 43.
[4] D. 3, 3, l. 46, § 4.
[5] D. 27, 4, l. 1, § 3.
[6] *Inst.* 3, 27, § 2.
[7] D 27, 3, l 4.
[8] D. eod., l. 1, § 3; C. 5, 51, l. 9.

[illegible] el caso en que un curador ha [illegible] incapaz; las acciones de tute- [illegible] dan aquí útilmente (1); pero [illegible] tes del fin de la curatela (2). [illegible] estor de negocios, si las di- [illegible] acción contraria de gestion [illegible] hace librar ó indemnizar por [illegible] ado está obligado por la ac- [illegible] negocios, á ceder al dueño [illegible] ntra los terceros, ó bien pe- [illegible] cto (4).

[illegible] el representante era admiti- [illegible] s remotos á contratar por su [illegible] que era éste y no aquel la par [illegible] a en estos dos casos la excep- [illegible] se dice representante es un [illegible] umento del principal; no hace [illegible] l del principal; éste es quien [illegible] en promete ó estipula. En pri- [illegible] meter ó estipular por medio de [illegible] el contrato verbal de estipula- [illegible] o es sino un órgano del expe- [illegible] por medio del cual consiente. [illegible] sa la voluntad de su autor, es [illegible] ndo lugar, los esclavos y los hi- [illegible] *tipular* por su jefe (8). Jurídi- [illegible] una sola persona con él; es el

[illegible] 16, § 1; *Id.* 27, 4, l. 1, § 3.

[illegible] 14, § 3, l. 15; *Id.* 17, 2, l. 84.

[illegible] 1, 1, l. 53.

jefe de familia quien estipula por el intermedio de ellos; como lo dice un texto, la voz del hijo de familia equivale á la voz del padre: *filii vox tamquam tua intellegitur* (1). Así, en el antiguo Derecho Romano, el jefe de familia se aprovechaba de las estipulaciones hechas por sus esclavos ó por sus hijos, aun cuando éstos no hubieran estipulado expresamente por él, porque nada podía pertenecerles en propiedad (2). Pero la legislación de Justiniano no mantuvo la última regla sino para los esclavos (3); los hijos de familia conquistaron la capacidad de tener un patrimonio propio, salvo el usufructo del padre (4), y por tanto sus estipulaciones no aprovechan ya á su jefe si no es que son hechas por él (5). Del mismo modo, siempre en razón de la unidad de persona, el padre de familia estipula válidamente por sus hijos sometidos á su poder (6), y éstos los unos por los otros (7), al menos en el derecho nuevo, porque antiguamente las estipulaciones de los hijos sometidos á patria potestad aprovechaban forzosamente al padre de familia (8). En fin, un esclavo ó un hijo puede también *prometer* por su jefe, en el sentido de que si un peculio le ha sido abandonado, el jefe está obligado por la promesa hasta la concurrencia del peculio y sometido á la *actio de peculio;* se reputa que ha prometido él mismo por el órgano de su esclavo ó de su hijo. Esta obligación del jefe de familia es aún independiente de una promesa hecha por él; resulta de

(1) *Inst.* 3, 19, § 4.
(2) Gayo, II, 86 y 87.
(3) *Inst.* 3, 28; D. 45, 1, l. 45.
(4) *Inst.* 3, 28.
(5) D. 45, 1, l. 38, § 17.
(6) D. eod., l. 39.
(7) *Id.*, *Id.*
(8) *Inst.* 3, 19, § 4; D. 45, 1, l. 39 y 130.

del esclavo ó del hijo (1).
antiguo Derecho Romano
ués, considerables modifica·

eros hechos acreedores del
brar contra el principal sino
era obligado hacia ellos en
el principal no podía proce-
chos deudores del represen-
er obtenido la cesión de las
l Pretor y la Jurisprudencia
as trabas para la demanda
rte de los terceros y para la
parte del principal; los ter-
ión en nombre propio contra
ente. En el caso de un man-
on contra el mandante las ac-
oria, cuasi institoria, *quod jus-*
pendientemente de la acción
mandante contra los terceros
), Del mismo modo, los terce-
o con un tutor ó un curador,
tra el incapaz (4), y *viceversa*
que habían contratado con un
s, se acordó contra el dueño
(6), y como la ratificación de
nplica un mandato, el dueño
os de las acciones útiles ficti-
andante (7). Los terceros te-

4.
, l. 19.

nían ahora la opción entre la demanda del representante y la del principal (1), y por su lado podían ser demandados, ya por el uno, ya por el otro (2). Si el representante y el principal obraban al mismo tiempo contra los terceros, el principal obtenía naturalmente la preferencia (3).

2. Se realizó otra reforma para la adquisición de los derechos reales por parte del principal. Se había admitido que se podría adquirir la posesión y la cuasi posesión por personas libres (4). Ahora bien, en la legislación de Justiniano, la mayor parte de los derechos reales, y notablemente la propiedad, la servidumbre, la enfitéusis y la superficie, se adquieren por la tradición ó por la cuasi tradición. Se sigue de esto que la tradición ó la cuasi tradición hecha al representante, procura directamente al principal el derecho real que se trata de adquirir; este derecho entra, al mismo tiempo que la posesión ó la cuasi posesión, en el patrimonio del principal, y no en el del representante (5). La hipoteca es el único derecho real cuya adquisición es independiente de la posesión. Pero, en virtud de una decisión de Justiniano, la estipulación de una hipoteca por un representante la hace también adquirir por el principal (6). Estas reglas se aplican de nuevo á un representante cualquiera, mandatario (7), tutor (8), curador (9) ó gestor de negocios (10), con tal de que ésta haya

(1) D. 14, 1, l. 1, § 17 y l. 5, § 1.
(2) D. 33, l. 28.
(3) *Id*, *Id*.
(4) C. 7, 32, l. 1.
(5) *Inst.* 2, 9, § 5.
(6) C. 4, 27, l. 3.
(7) Las textos citados en las dos notas precedentes.
(8) Id., Id.
(9) Id., Id.
(10) Id., Id.

sido ratificada (1). Además, en un caso particular del dominio de las obligaciones, la estipulación del representante hace al principal directamente acreedor, con exclusión del representante; se pueden prestar cosas consumibles en nombre de otro, de tal manera que el principal es parte contratante y adquiere la *actio mutui directa* (2). Pero fuera de este caso, la estipulación de un simple derecho de obligación por parte del representante, debe ser hecha en nombre de éste, y es él y de ninguna manera el principal quien se hace el acreedor directo, como que es la parte contratante (3).

3. Desde el punto de vista de la legislación de Justiniano, admitimos una última inovación. Si el representante ha hecho una promesa en los límites de sus poderes, indicando al tercero el nombre de su principal, el tercero no tiene acción sino contra el principal, y no contra el representante. Esta teoría es racional. Desde el momento que los terceros han conocido la persona por cuenta de quien el contrato era concluído, se presume que han contratado en vista y sobre la fe de esa persona; han podido asegurarse de su solvencia y cuidar completamente sus intereses. La equidad milita en el mismo sentido; si el mandante es insolvente, es justo que su insolvencia recaiga más bien sobre los terceros que sobre el representante; éste ha querido hacer un mero servicio al principal, mientras que los terceros han querido gestionar sus negocios propios. En el último estado del Derecho Romano, el representante no está obligado personalmente hacía los terceros á quienes ha indicado su principal, si no es que se haya constituído garante personal de la deuda, ó si,

(1) Arg. D. 41, 2, l. 42, § 1.
(2) D. 12, 1, l. 9, § 8.
(3) *Inst.* 2, 9, § 5

estando todavía en funciones, detenta bienes de su principal; en el último caso, puede al menos ser demandado sobre los bienes del principal. Estas reglas son expresamente sancionadas para las obligaciones de los tutores y de los curadores (1); parece que se está de acuerdo sobre este punto. En cuanto al mandatario, ellas resultan implícitamente de muchas decisiones de la recopilación de Justiniano (2), para no hablar de la analogía con la tutela y la curatela. Y el mismo sistema debe ser extendido al gestor de negocios que ha designado á su dueño y gestionado de manera á someterle á la acción contraria de gestión de negocios por su parte y á la acción *de in rem verso* por parte del tercero cocontratante. La opinión dominante entre los intérpretes modernos del Derecho Romano nos es contraria. Se enseña comunmente que el mandatario y el gestor de negocios, aún habiendo designado á su principal y obligádolo regularmente, deben, sin embargo, responder á la acción de los terceros, de pleno derecho é independientemente de cualquiera condición especial (3).

En resumen, el nuevo Derecho Romano reconoce una representación plena y entera en favor del principal cuando se trata de la adquisición de un derecho real; pero no para la adquisición de créditos, salvo en un caso particular; reconoce además una representación de hecho en favor del representante. Sin duda éste debe prometer por sí mismo; pero no está obligado hacia el tercero estipulante; el contrato no produce obligación sino á cargo del principal, que es el único sometido á la acción del tercero.

(1) D. 26, 7, l. 43, § 1; *Id.* 26, 9, l. 5, § 1.

(2) D. 3, 5, l. 5, § 3; C. 4, 2, l. 13; D. 14, 3, l. 20.

(3) **En nuestro sentido: Thibaut, I, § 455, 457 y 459; Maynz, II, § 222 y 223.**

[illegible]BLA

[illegible] LOS

[illegible]OS Y LEYES MEXICANOS

[illegible]RA Y CITADOS EN LAS NOTAS.

[illegible]O I.

[illegible] DISTRITO FEDERAL,

[illegible]ARZO DE 1884.

PÁGS.

[illegible] 209
[illegible] 285
[illegible] 285
[illegible] 285
[illegible] 243
[illegible] 247
[illegible] 248
[illegible] 73
[illegible] 190, 244 y 247
[illegible] 244 y 245
[illegible] 244, 245, 246, 247 y 248
[illegible] 15 y 130
[illegible] 254
[illegible] 15
[illegible] 328 y 333
[illegible] 356
[illegible] 328
[illegible] 328

ARTS.	PÁGS.
555	328
557	328
558	328
559	328
572	328
733	33
734	33
735	33
738	37
739	37
741	37
759	35
760	35
762	35
764	35
769	35
773	26, 27, 29 y 31
774 fr. I	27
" fr. III	26 y 29
775	27
776	27
778	27
779	31
780	26 y 29
788	28
789	28
790	28
791	28
792	28
793	28
796	26
798	26
800	26
803	27
804	27
805	250
810	250
815	13
818	250
1059	250
1060	13

PAGS.

.... 281
.... 281
.... 50
.... 50
.... 381 y 388
.... 8 y 213
.... 17, 23 y 77
.... 8
.... 17
.... 244 y 247
.... 247
.... 242
.... 244
.... 50
.... 366
.... 366
.... 50
.... 283
.... 159 y 162
.... 94 y 160
.... 165
.... 165
.... 166 y 167
.... 163
.... 169
.... 169
.... 169
.... 169
.... 242
.... 242
.... 7
.... 5
.... 142
.... 129
.... 103
.... 103
.... 103
.... 103
.... 103
.... 103
.... 133

PAGS.

..... 47 y 164
..... 133
..... 133
..... 47 y 48
..... 23 y 161
..... 225
..... 227
..... 226
..... 226
..... 230
..... 262
..... 262 y 269
..... 262 y 269
..... 264
..... 265
..... 264
..... 265 y 267
..... 267
..... 266
..... 273
..... 287
..... 269
..... 269 y 283
..... 269 y 284
..... 276
..... 272 y 284
..... 278
..... 280
..... 277 y 282
..... 328
..... 265 y 266
..... 267 y 270
..... 17 y 77
..... 70, 81 y 329
..... 213
, 81, 126, 129, 133, 162 y 215
..... 48, 164 y 328
..... 7, 126, 130 y 164
..... 7, 126, 130 y 164
..... 7 y 133
..... 7

PÁGS.

[illegible] 7, 161, 166
[illegible] ...... 7, 66, 68, 75, 78, 81 y 214
[illegible] 7, 77, 99, 101
[illegible] 7, 80, 99, 101, 102
[illegible] 7, 18, 70
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] ...... 7 y 315
[illegible] ...... 7, 80, 102, 125, 126, 129 y 147
[illegible] ...... 7 y 147
[illegible] ...... 7, 66, 68, 97, 125, 126 y 147
[illegible] ...... 7, 66, 78, 80 y 147
[illegible] 7
[illegible] ...... 7, 68, 78, 97 y 101
[illegible] 7
[illegible] ...... 7, 66, 97 y 102
[illegible] 7, 66, 97
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] 7
[illegible] 7, 18, 329
[illegible] 7
[illegible] ...... 7 y 315
[illegible] ...... 7 y 52
[illegible] ...... 7, 52 y 53
[illegible] ...... 7 y 52
[illegible] 7
[illegible] 60
[illegible] 89
[illegible] 97, 114, 125, 128, 141, 151 318, 320 y 329
[illegible] ...... 70 y 79
[illegible] 79
[illegible] ...... 97, 100, 102, 114, 125 y 141
[illegible] 83
[illegible] 83, 87. 151
[illegible] ...... 82, 83, 84, 85, 86, 88 y 89
[illegible] 78

ARTS.	PAGS.
1468	97
1469	78 94
1471	78 94
1476	318
1478	90
1481	89
1482	328
1494	95
1497	95
1498	95
1514	10
1515	22, 23, 142, 315
1516	47 48
1520	38 y 143
„ inciso 1	39
„ inciso 2	39
„ inciso 3	40
1521	143
1525	23, 52
1526	51
1527	12, 13, 14, 244
1528	13, 14, 244
1529	10, 11
1530	10, 11, 21
1531	10, 11, 21
1532	10, 11, 21
1533	11, 21
1534	11, 21
1535	11, 21
1536	10, 11
1537	15, 18, 19
1538	11
1539	16, 244, 249, 319
1540	16, 18
1541	16, 17, 18
1544	270
1545	19
1546	19, 20, 255
1547	13, 19
1548	19
1549	19

ARTS.	PÁGS.
1550	19
1551	19
1552	19, 20
1553	19
1554	19
1555	19
1556	55
1557	54
1558	54
1559	54
1560	54
1561	54
1562	54
1563	54
1564	54
1565	54
1566	54 y 156
1567	54 y 56
1568	54
1569	54
1570	21
1573	244
1575	244
1583	279
1584	279
1591	21
1602	280
1606	168
1607	181
1608	280
1611	168
1612	156
1614	272, 280
1615	272, 280
1618	246
1621	347, 349
1622	351
1623	351
1624	351, 377
1625	351, 377
1626	351

ARTS.	PÁGS.
1627	351
1630	349
1631	151, 367
1632	367
1633	367
1634	131, 367
1635	131, 367, 368
1638	11, 36 364, 369
1639	372
1640	365
1641	365, 366
1650	50
1673	251, 252
1674	190, 246, 252
1675	14, 245
1677	245
1678	245
1680	244, 249
1682	244, 249
1683	324
1687	324
1689	324
1692	324
1693	324
1700	181, 183
1702	184
1703	184
1704	184, 206, 209, 249
1704, fr. II	208, 211
„ fr. III	208, 211
„ fr. IV	210, 211
1705	185, 246
1706	186
1707	182, 186, 187
1708	186
1709	187
1710	187
1711	187
1712	188
1713	189
1721 fr. I	195

ARTS.	PÁGS.
1724	189, 190, 192, 207, 246 y 248
1725	188 y 194
1726	188 y 194
1727	194
1734	188, 195 y 196
1741	183, 188, 195, 200, 270 y 271
1742	183 y 200
1743	200
" fr. III	196 y 200
,, fr. V	196 y 200
1744	200
1745	198
1757	200
1758	200
1759	200
1760	200
1761	200
1762	51
1767	195 y 196
1775	71
1781	71
1783	71
1785	71
1786	71
1792	71
1793	71
1794	71
1800	71
1802	71
1806	71
1810	249
1823	252
1848	252
1925 fr. I	51 y 246
1946 fr. III	336
1956, fr. I	336
1957	337
1964	319
2132	329
2180	329
2181	329

ARTS.	PÁGS.
2182	329
2267	53
2268	73
2270	73
2272	73
2274	73
2325	112
2350	16, 19, 131 y 142
2360	72 y 328
2361	322
2364	363
2365	363
2366	328 y 333
2367	267
2368	267
2372	318
2375	268
2376	328
2377	328
2387 fr. VII	16, 19 y 131
2416	19, 29, 36, 72 y 131
2418	19 y 72
2420	72
2421	20
2422	20
2423	20
2425	322
2431	37 y 131
2432	37
2501	114
2502	114
2512	114
2513	114
2514	114
2515	114
2545	317
2556, fr. I	62 y 68
„ fr. II	48
2557	62, 68 y 77
2565	80
2579	48

ARTS.	PÁGS.
2585	318
2622	70
2646	355
2647	355
2648	355
2649	355
2650	355
2661	317
2666	317
2668	71
2670	68 y 71
2671	71
2672	68 y 71
2673	68 y 71
2674	71 y 78
2675	71
2676	71
2677	71
2678	71 y 267
2679	71
2680	71
2681	71
2682	71
2683	71 y 318
2685	315
2689	315
2690	315 y 317
2694	327
2695	327
2696	327 y 331
2699	332
2700	330
2772	384
2773	384
2813	104
2819	110
2820	70, 110 y 173
2821	70, 110, 173 y 175
2822	7
2824	25, 70, 77 y 99
2825	104 y 106

ARTS.	PÁGS.
2830	36
2831	36
2835	108
2836	108
2856	25
2859	29
2860	25, 27, 29 y 31
2863	105
2876	329
2891	102
2895	328
2896	328
2950	70
„ fr. II	26
„ fr. IV	26
2960	70
2969	26 y 109
2970	109 y 110
2971	109
2972	109
2974	110
2975	70 y 111
2977	267
2978	267
2980	111
2986	357
2987	357
2988	357
2989	357
2999	267
3024	29
3048	91
3180	163
3227	319
3331	355
3420	70
3421	70
3422	70
3423	70
3424	70
3425	70

ARTS.	PÁGS.
3429	70
3430	70
3653	34
3654	34
3660	34
3662	34

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, DE 15 DE MAYO DE 1884.

TOMO I.

ARTS.	PÁGS.
3	5
„ fr. II	352 y 353
„ „ IV	354
4	5, 84 y 352
5	7
6	7
13 fr. II	330
19	7
22	330
185	45
186	45
354	49, 80 y 87
355	49 y 80
356	49 y 80
621	256
649, fr. VII	54
945	376
1022, fr. I	133 y 215
1195	292
1711	46
1814, fr. III	129

TOMO II.

CODIGO CIVIL.

ARTS.	PÁGS.
7	71
15	70 y 74
373	43
382	44
404	189
„ fr. II	43
420	43
421	43
424	47 y 190
425	196
497	43
512	44
516	44
517	44
518	44
519	44
595	46
615	69
857	129
858	129
859	129
1272	4
1273	36
1275	36
1278	209
1279	41, 69 y 189
„ fr. I	42
„ fr. III	5, 70 73 y 74
„ fr. IV	191
1280	70, 73 y 74
1282	43 y 181
1286	88, 91 y 92
1287	91, 92, 93 y 189
1288	88 y 90

ARTS.		PÁGS.
1289		88
1290	85, 88 y	90
1291	86, 88, 90, 91 y	92
1292	85 y	89
1293	86, 87 y	88
1294		92
1295		87
1296	104 y	190
,, fr. I		99
,, ,, II	61, 105, 114, 119 y	252
,, ,, III	61, 118, 120, 191 y	255
,, ,, IV		120
1297	74 y	120
1298	129, 132 y	191
1299	127, 129 y	191
1300	129 y	191
1301	116 y	252
1302		74
1305	50, 58 y	190
1306		190
,, fr. I	69 y	190
,, ,, II	5 y	49
,, ,, III	49 y	52
,, ,, IV	73, 74 y	190
,, ,, V		70
1309		74
1310		206
1311		52
1312	184 y	194
1322		94
1323	94 y	191
1324	103, 200 y	206
1325	103 y	204
1329		140
1330		141
1331	147 y	158
1332		147
1333	149 y	152
1334	149 y	150
1335	154, 161 y	165
1336		160

ARTS.	PÁGS.
1337	161
1338	160
1339	142 y 158
1340	162
1341	162
1342	162
1343	162
1344	162
1345	162
1346	162 y 168
1347	162, 168 y 169
1348	162 y 170
1349	220
1354	75, 76, 142 y 153
1355	174
1356	175
1357	174
1359	180
1360	180
1394, fr. I.	245
1420	212
1421	71, 216 y 220
1423	50
1428	51 y 52
1429	50
1430	72 y 200
1431	72 y 200
1432	200
1434	39, 48, 128, 213 y 220
1436	52 y 215
1437	52
1438	52
1441	72
1442	72
1443	72
1444	72
1446	72
1447	72
1459	71, 216 y 220
1460	74, 222 y 255
1461	74

ARTS. PAGS.

1488 .... 218, 221, 228, 230, 236 y 237
1489 221
1491 .... 234 y 239
1492 234
1493 .... 228 y 252
1494 .... 234 y 235
1495 .... 227 y 228
1496 .... 234, 237 y 238
1497 .... 218, 234, 237 y 238
1498 .... 218, 234, 237 y 238
1499 218
1507 239
1508 239
1509 239
1511 .... 224, 234 y 236
1513, fr. III 226
„ fr. IV 225
„ fr. V 227
„ fr. VII .... 227 y 229
1514 148
1518 179
1545 100
1546 100
1547 100
1548 100
1549 100
1550 100
1551 100
1552 100
1553 100
1554 100
1555 100
1573 228
„ fr. VI 230
1609 14
1621 37
1622 72
1638 159
1639 159
1657 191
1660 196

ARTS.	PÁGS.
1664	43
1666	126, 191 y 196
1667	136, 191 y 196
1668	76
1669	74 y 123
1670	74
1671	70 y 74
1672	70, 74 y 76
1674	126
1677	197
1680	123 y 134
1684	139 y 191
1685	42, 139 y 191
1687	191
1691	195 y 220
1773	21, 36 y 40
1776	31
1783	96
1785	66
1786	66
1790	221
1806	221
1814	150
1846	159
1847	159 y 164
1853	159
1854	159 y 164
1859	142
1885	33
2119	18, 37 y 145
2128	38 y 221
2133 fr. III	53
2148	73
2155	73
2177	175
2219	17 y 36
2220	73
2222	73
2223	73
2266	221
2308 fr. I	91

ARTS.	PÁGS.
2308 fr. IV	209
2309	218
2311	91
2313	209
2314	209 y 218
2315	209
2342	17 y 32
2359	40
2372	40
2374	37
2441	209
2442	209
2443	209
2444	209
2547	37
2490	175
2545	21 y 31
2551	66
2556	40
2585	40
2594	37 y 66
2595	38
2597	32 y 38
2598	32, 38 y 40
2599	40 y 184
2602	211
2606	193
2607	140
2608	193
2622	38, 66, 221, 222 y 234
2633	274
2664	32, 38, 186 y 274
2661	21 y 31
2662	66
2666	31
2658	37
2670	40
2682	40
2683	40
2694	36
2701	37

ARTS.	PÁGS.
2772	80
2773	80
2774	80
2775	80
2776	80
2777	80
2778	80
2779	80 y 82
2780	80
2781	80
2782	80
2806	37
2811	17, 36 y 39
2813	54, 55, 150 y 199
2814	54 y 57
2815	55, 57 y 199
2818	218
2819	53 y 96
2820	32 y 96
2821	32
2822	158 y 218
2829 fr. II	73
„ „ III	69
2830	66, 68 y 159
2831	66, 68 y 159
2832	66 y 68
2833	37, 82 y 176
2834	73
2835	59 y 69
2836	59, 60 y 193
2841	72
2850 fr. III	221
2851	72
2852	72
2853	72
2854	72
2856	215
2851	53
2862	119
2873	191, 219, 246, 247, 250, 251, 252 y 254
2874	250
2875	61, 219 y 254

ARTS.	PÁGS.
2876	251 y 254
2877	254 y 256
2878	250 y 251
2879	251
2884	250
2888	250
2890	191
2895	218
2898	230
2899	218
2926	97
2930	32
2933	221
2936	17, 36 y 39
2938	66
2950 fr. I	217
„ „ III	217
„ „ IV	217
„ „ V	254
2951	217
2952	217
2953	217
2954	217
2955	254
2962	217
2972	221
3004	92
3005	91
3010	217
„ fr. II	217
3019	200
3068	17
3125	218
3138	218
3151	32
3181	221
3227	211
3265	76
3395	68
3396	68
3397	68

ARTS.	PÁGS.
3398	68
3471	83
3472	211
3818	191
4191	234
4192	234
4193	234

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, 15 DE MAYO DE 1884.

ARTS.	PÁGS.
18	126
1184	129
1185	129
1186	129
1187	129
1188	129
1189	129
1190	129
1191	129
1192	129
1193	129
1194	129

CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

ARTS.	PÁGS.
869	80
870	80
871	80
872	80
873	80
874	80
875	80
876	80
877	80
878	80
879	80
880	80
989	78

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, DE 5 DE FEBRERO DE 1857.

PÁGS.

[illegible] 78

[illegible]ICE

[illegible] TOMO SEGUNDO

[illegible]BLIGACIONES.

PÁGS.

[illegible] 3

[illegible]

[illegible]es.

PÁGS.

[illegible] 4
[illegible] 5
[illegible] 8
[illegible] 11
[illegible]s pactos confirmados. 16
[illegible] 19
[illegible] 20
[illegible] 25
[illegible] 27
[illegible]y de las convenciones [illegible] 36
[illegible]das unilaterales........ 39

[illegible]nciones.

PÁGS.

[illegible] 41
[illegible]antes........................ 42

[illegible]bles de ser el objeto de una [illegible]tación.

	PÁGS.
[illegible]	49
[illegible]entar la prestación	50
[illegible] prestación	52
[illegible]restación	58

[illegible]nto de las partes.

	PÁGS.
[illegible]	84
[illegible]	99
[illegible]	115
[illegible]	128
[illegible]	139
[illegible]	140
[illegible]	173
[illegible]	183
[illegible]nvenciones.—Nociones	187
[illegible] de las convenciones	200

[illegible]nvenciones entre las partes.

	PÁGS.
[illegible]de las convenciones	209
[illegible]s obligaciones convencionales á los [illegible]rtes	211
[illegible] convenciones bilaterales	213
[illegible] convenciones bilaterales por causa [illegible]	215
[illegible]sa de evicción.—Condiciones de la [illegible]	220
[illegible]por causa de evicción	237
[illegible]sa de vicios de la cosa y de las cua- [illegible]—Condiciones de la garantía	246
[illegible]por causa de vicios de la cosa y de [illegible]etidas	254

De la [illegible] [illegible]sión.

PÁGS.

[illegible] citar este recurso........ 265
[illegible]........................ 268
[illegible] respecto de terceros... 268

[illegible] Códigos mexicanos [illegible] en las notas.

[illegible]...........................284 á 296
[illegible]...........................297 á 306

[illegible] II.

